CURSO COMPLETO ELEMENTAL

DE

DERECHO ROMANO

QUE COMPRENDE

LA HISTORIA EXTERNA; LA HISTORIA INTERNA O ANTIGÜEDADES, Y LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO ANTES REFERIDO.

Formado de las doctrinas de las mejores obras extrangeras especialmente de las escritas por HUGO, NIEBUHR, SAVIGNY, WARKOENIG, HAUBOLD, Y MACKELDEY, *para uso de los estudiantes legistas de las universidades de España.*

POR

Don Ruperto Navarro Zamorano, Don Rafael Joaquin de Lara y D. José Alvaro de Zafra.

ABOGADOS DEL ILUSTRE COLEGIO DE MADRID.

TOMO II.

HISTORIA INTERNA Ó ANTIGÜEDADES.

MADRID:

Imprenta del Colegio de Sordo-Mudos.

1842.

HISTORIA INTERNA

Ó ANTIGUEDADES

DEL

DERECHO ROMANO.

HISTORIA INTERNA

O ANTIGUEDADES

DEL DERECHO ROMANO.

PRIMER PERIODO.

DESDE EL ORIGEN DE ROMA HASTA LA LEY DE LAS XII TABLAS,

(1-302).

CAPITULO PRIMERO.

§. 141. *Enlace de este tratado con el anterior.*

Despues de la rápida ojeada que hemos dado en la historia externa á las costumbres y códigos que rijieron al pueblo romano, asi como á las vicisitudes políticas porque pasó, y que fueron modificando de diversos modos su legislacion, justo es y conveniente que descendamos á examinar detalladamente los principios mismos del derecho; que examinemos como nacieron, como se desarrollaron poco á poco y como llegaron á consolidarse, por fin, ó á desaparecer del todo, segun que eran ó no conformes con los eternos principios de justicia. No de otro modo podriamos formar una idea completa de la Historia del derecho romano. Para que

esto pueda conseguirse con mayor facilidad hemos dividido estas antigüedades en los mismos períodos en que lo está la Historia externa.

§. 142. *Fuentes.* (1)

Durante esta época las fuentes del derecho eran las decisiones (*leges*) del pueblo, de las cuales la última podia derogar ó anular el todo ó parte de las anteriores (2). La totalidad del pueblo todavia no obedecia de una manera esplícita las leyes (*scita*) sancionadas por solo los plebeyos, ni las resoluciones (*consulta*) del senado; actos de dos poderes legislativos que funcionaban simultáneamente. En Roma muchas de las doctrinas que se apoyaban tan solo en las costumbres, opiniones y lenguaje, sino de todos los pueblos conocidos, cuando menos de los que los romanos conocian en esta época, tenian tanto imperio, como las que estaban establecidas por las leyes. La causa de este hecho notable la encontramos en la diferencia que existia entre lo que es *legítimo* (*legitimum* y *non legale*) y lo que es *justo* (*justum*). No se contentaban ya al fin de este período con aplicar este dictado al derecho civil, sino que lo hicieron tambien estensivo á lo que despues se ha llamado derecho de gentes. Este es sin duda el sentido de la palabra *æquum*, tenida por sinónima de *justum*. Las palabras *fas*, *fastus*, se refieren esclusivamente al culto, y no tienen el mismo origen que *fari*.

(1) Cic. Top. 5, y de Invent. 2, 22.--Gaii Instit. p. 1.--Ulpian. Los cuatro primeros párrafos sin rúbrica antigua (Jus civ. Antej. p. 7).-- Frag. veter. jurisconsulti de juris speciebus, §. 1. 3. (Jus civ. Antej. p. 251,252). -- Instit. 1, 2. De jure naturali gentium et civile.--Dig. 1, 3. De legibus senatusque consultis ex longa consuetudine.

(2) In XII Tabb. legem esse, ut quodeunque postremum populus jussisset, id jus ratumque esset. (Liv. 7, 17). No se sabe de positivo que esta disposicion se encontrase en la undécima Tabla; pero aun siendo esto cierto podria dudarse todavia si estas palabras manifestaban solo la relacion de las dos últimas tablas con las diez primeras.

CAPITULO II.

DERECHO PUBLICO.



§. 143. *Poseedor del poder soberano.*

El poder soberano propiamente dicho no pertenecia sino al pueblo entero (*populus*); sin embargo, le ejercian tambien cada una de las dos secciones del pueblo en general, es decir, el pueblo considerado con separacion del senado, *plebs*, y el senado. Ejercíase tambien por los magistrados, como representantes del pueblo (*magistratus populi romani*). Cada una de estas cuatro maneras de ejercer el poder soberano vino á ser en lo sucesivo una nueva fuente de derecho. Tanto la *plebs* como el *populus* adoptaban los proyectos redactados en forma de ley: el senado, por el contrario, comenzaba por deliberar sobre el modo de dar estas decisiones. Por lo demas el senado era mas antiguo que la *plebs*.

§. 144. *Populus.*

Todos los romanos adultos y aun los manumitidos, como tambien los sometidos al poder paterno, formaban parte del *pueblo* en general *populus*. La asamblea del pueblo se llamaba *Comicios* (*comitia comitiatus maximus*). En el principio se recogian en ella los votos por Curias; pero en la época de que hablamos no se seguia esta costumbre, sino cuando era enteramente indispensable observar el uso antiguo, por estar ligado á las ceremonias del culto. Este uso, empero, no se observaba, sino en virtud de una decision propiamente tal, adoptada por otra asamblea del pueblo ó por los pontífices, por ejemplo, cuando se trataba de dar á uno en tiempo de guerra el poder supremo (*imperium*) (§. 39) ó de hacer una arrogacion (§. 170) ó un testamento (§. 207). Cuando se trataba de una eleccion ó una proposicion se votaba por centurias. Esta manera de votar aseguraba á los ricos su preponderancia bajo diferentes aspectos; porque siempre se les llamaba los primeros, y si creemos la historia, la *centuria prœrogativa*, es decir, la primera llamada á votar, la cual en esta época era todavia una centuria de la primera clase, mas de una vez inclinó la balanza á su favor. Muchas veces se consultaba tambien solo á los ricos, puesto que independientemente de las ochenta centurias de la primera clase, habia ademas diez y ocho de caballeros agregados á esta misma; de suerte que cuando estas dos porciones de la primera clase se reunian, componian la mayoría de sufragios, sin que hubiese en tal caso necesidad de consultar á las otras. Los ricos tenian ademas otra ventaja, á saber, la de votar de viva voz y no por escrito (*tabellæ*). Comenzábase siempre por fijar el dia de la asamblea, la cual debia verificarse antes de la noche; el paraje de la reunion

era en el campo de Marte fuera de la ciudad, al aire libre (*Campus Martius*), como si se fuera á tratar de la formacion de un ejército. La presidencia de la asamblea estaba confiada á un magistrado, que en general designaba la misma. Este magistrado ejercia en ella grande influencia porque de él dependia esclusivamente que el pueblo fuese ó no consultado sobre tal ó cual cuestion. Tenia, pues, hablando en lenguage moderno, la *iniciativa* que era mucho mas importante que el derecho del *veto*. Solo en el senado podia proponerse que se sometiera un negocio cualquiera á las deliberaciones de la asamblea popular. No se tenia entonces la mas mínima idea del derecho de peticion ni de las enmiendas, y asi era necesario que un proyecto de ley fuese ó desechado ó aprobado tal como se habia presentado. El colegio de los Augures ejercia tambien una especie de veto indirecto, porque estando llamado á decidir si se habian observado todas las ceremonias relativas á los augurios (1) sus respuestas influian naturalmente en la validez de la resolucion tomada por la asamblea. En cuanto á los negocios que á ella se sometian, unos tenian por objeto el nombramiento ó eleccion de los magistrados, y como era necesario convocar cada año las asambleas del pueblo para este objeto, se contentaron casi siempre con dar simplemente á estas asambleas el nombre de *Comicios* (*comitia*). Los otros asuntos consistian en deliberaciones sobre proposiciones

---

(1) El derecho político de los Romanos tenia por principio: *Jove tonante cum populo agere nefas*. Este principio nacia naturalmente de la costumbre de reunirse á campo raso. Asi cuando un augur ó un magistrado queria impedir que se tomase una determinacion no necesitaba mas que declarar que habia observado el cielo y que estaba contrario: el colegio decidia á consecuencia de esta manifestacion.

(*leges*) hechas por un magistrado. Estas proposiciones podian versar sobre toda clase de objetos y referirse no solo á los principios generales del derecho, sino tambien á algunos casos particulares (1). No ha habido, pues, razon, segun vemos, para confundir la palabra *lex* con la de *ley*, y menos aun para mirar las espresiones *legem ferre* y *hacer una ley* como sinónimas (2). La palabra *promulgare* tenia tambien una significacion diferente de la que se le dá en el latin moderno (§. 5. Nota).

---

(1) En estas asambleas no podian darse leyes particulares, (*privilegia ne irroganto*) aunque si era permitido tratar de algunos casos particulares v. gr. cuando se procedia extraordinariamente contra un ciudadano ó se trataba *de capite civis* por esto es preciso distinguir como hace Cic. *de leg.* 3. 19. lo que es privilegio de lo que no es mas que la aplicacion de una ley á un caso particular.

(2) He aqui una ligera indicacion del modo de proceder á la formacion de las leyes en los Comicios centuriados. Se formaba el proyecto de ley por un magistrado senatorio, tal como el cónsul, ó el Dictador, quien le comunicaba con el senado para que autorizase lo que debia presentar á la asamblea del pueblo. Despues se promulgaba el proyecto, es decir, se exponia al público por tres nundinas, y se daba el edicto de convocacion para el dia siguiente al en que espiraba este plazo. Reunidos los Comicios se recitaba en alta voz el proyecto que iba á votarse, y el magistrado que le habia propuesto regularmente hablaba en pro de él. Algunas veces hablaban en contra los tribunos, y aun los magistrados que lo habian presentado, cuando en él no estaban consignadas sus ideas, sino las del senado. Seguian á esto los auspicios y la suerte de las centurias para guardar el órden en la votacion y si nada de siniestro anunciaban los augures, ni los tribunos interponian su veto, se pronunciaba la fórmula de rogacion y se procedia en seguida á recojer los sufragios. Si la mayoría de centurias aprobaba la ley se anunciaba *scita ó perlata*, sino, *antiquata*. En el primer caso se juraba su observancia y se la esculpia en bronce.

§. 145. *Plebs.*

El pueblo en la acepcion estricta de la palabra (*plebs*) se componia de los que no eran miembros del senado §. 32). Su asamblea llevaba el nombre de *Concilium*. Los votos se recogian en él por tribus. Procediase en ellos á la eleccion de los tribunos del pueblo y ademas se deliberaba sobre los proyectos presentados por estos. Estos proyectos eran tambien *leges*, como las otras y asi se llamaban: pero cuando se habian ya adoptado tomaban el nombre particular de *decisiones del pueblo* (*plebiscita*) (§. 40). No estaba permitido condenar á pena capital á un ciudadano romano en estas especies de asambleas.

§. 146. *Senado.*

El Senado (§. 35) comprendia no solo los Patricios, es decir, los ciudadanos bajo cuya dependencia se encontraban muchos plebeyos á consecuencia del derecho de patronato, sino tambien cierto número de plebeyos que fueron admitidos en él en la época del censo. La dignidad de senador no era vitalicia, sin embargo, tampoco era anual; su duracion dependia propiamente hablando de la conducta del que la gozaba, porque uno que fuera senador podia ser omitido en el censo próximo. La deliberacion de los negocios se hacia en el Senado, por una seccion de los mismos sugetos que habian tomado parte en ella en la asamblea general del pueblo (*populus*); pero esta intervencion aqui era de menor importancia, porque cada senador tenia el derecho de hacer una proposicion, aun cuando no fuese mas que como adiccion á su opinion personal (*sententia*)

sobre el objeto acerca del cual se deliberaba (1), y porque en este cuerpo no era indispensable que toda proposicion fuese ó admitida simplemente ó rechazada, sino que por el contrario, era permitido modificarla ó enmendarla. Fijábase en cada sesion la época y el lugar de la sesion siguiente, y en cada una de ellas se ocupaban de todas las demas clases de negocios, escepto de las elecciones de los magistrados, si bien se les daba cuenta de estas, no por pura fórmula como se hacia en lo sucesivo (2). La mayoria de votos no bastaba siempre en el Senado para producir un senado-consulto regular (*senatus consultum*); muchas veces un Tribuno, por medio de su veto, impedia toda decision, y en este caso se contentaban con decir que habia habido *autorizacion* del Senado (*Senatus-autoritas*)

§. 147. *Magistrados.*

Cuando muchos magistrados del pueblo (*magistratus populi romani*, á caso tambien *prætores*) ejercian á la vez unas mismas funciones por ejemplo, los Tribunos, no trataban en comun, ni decidian por mayoria de votos los negocios confiados á su administracion; cada uno gozaba de un poder independiente lo mismo que si fuese solo; pero cada uno de estos que tenian una autoridad igual, y con mayor razon el que la tenia superior á otro magistrado podia oponerse á la ejecucion de los mandatos de este (3). Lejos de vituperar á un magistrado superior, por haber consultado á sus amigos y parientes, era esto, por el contrario un motivo para alabarle, y algunas veces de entre estos nombraba él mismo su sustituto, sin estar obligado á elegirle precisamente de entre los que le habian precedido. Muchos casos habia en los cuales podia delegar su poder (*mandare jurisdictionem*), pero tambien tenia derechos personales, que no le era permitido delegar de esta suerte. Muy pocos nombramientos se hacian inmediatamente por el pueblo y el Senado, poniéndose siempre gran cuidado en que ninguno conservase su destino despues de la época en que debia dejarle, cuando no habia intencion de confirmarle en él; porque todos los cargos públicos, sin escepcion ninguna, eran á lo mas anuales. Asi es que los romanos adoptaron el modo mas arbitrario de destitucion, porque bastaba que un magistrado superior no fuese reelegido al fin de año, para que esta circunstancia le indicase que debia cesar en sus funciones. Ningun empleo proporcionaba al que lo servia emolumento alguno; todos eran puramente honoríficos, lo que era un obstáculo insuperable para que pudiesen desempeñarse por ciudadanos pobres. Hay ademas entre los magistrados romanos y los nuestros una diferencia notable, á saber: que los primeros podian examinar si la persona que á ellos se dirigia tenia algun derecho para que se la atendiese y en su consecuencia convocar la asamblea del pueblo segun aquella deseaba, ó imposibilitar la accion de que se valia esta persona para reclamar su intervencion.

§. 148. *Magistratus populi.*

Todo lo que acabamos de decir se aplicaba especialmente

(1) Praeterea censeo.......

(2) Apiousa (Bell. civ. 1. 1.) se vale de esta locucion: *el senado nombró para estos cargos.*

(3) Ciceron expresa asi esta doctrina: *Par mayorve potestas plus valeto* (de leg. 3, 4): sin embargo ya se sobreentendia algunas veces *ne quis magistratus intercedito* (Civilistisches Magazin. Tom II, pág. 446.

á los magistrados del pueblo romano entero, los cuales se distinguian por los *Lictores* que les precedian y por otras señales *honoríficas*, (*magistratus curulis*, derivado de *sella curulis* y por oposicion al cual hallamos los *magistratus pedarii*) de donde se hizo derivar el nombre de honores dado á sus cargos. El *honor* existia en cierto modo aun despues de concluido el poder (*vir consularis*, y en adelante *prætorius*, &c.), y aun despues de la muerte se renovaba su memoria por medio de imágenes (*imagines*) que se llevaban en público á cada fallecimiento ocurrido en la familia (1). En la época de que hablamos solo los Patricios llegaban á obtener las magistraturas curules. En el número de estos magistrados se contaban por lo regular dos *Cónsules*, el *inter-rey* (*interrex*) que en defecto de aquellos se nombraba, y el *Dictador* (§. 39). En manos de estos magistrados se hallaban reunidos los diferentes ramos del poder soberano,

(1) Las *imagenes majorum* no eran, como cree Cavaubon (al traducir el pasage de Polibio VI, 53) simples bustos adornados con vestiduras que se llevasen en las pompas fúnebres ú otras ceremonias en las manos ó en brazos. Schweighaluser (T. 6, p. 393) ha probado que eran máscaras con que se cubrian las personas, que querian representar la del difunto, casi del mismo modo que se hacia despues en el teatro. La oposicion que Ciceron manifiesta muchas veces que habia entre *sólida* y *expresa effigies* y *umbra et imago* aluden ciertamente á esta costumbre. Es probable que la causa de su introduccion fuese un pasage de las doce Tablas, hoy desconocido y que quizá se hallaba inserto en el artículo que fijaba los gastos que podian hacerse en los funerales. La ley prohibia sin duda que se representase de aquella manera á las personas que no habian desempeñado ciertas altas dignidades. Lo cual siendo asi, facilita la inteligencia de los elogios que Ciceron (De Orat. 1. 43). prodiga á esta parte de la ley decemviral, cuando dice, *ex his enim et dignitatem maximè expetendum videmus, cum verus, justus atque honestus labor honoribus præmiis atque splendore decoratur.*

á cuya separacion se ha dado tanta importancia á fines del siglo XVIII. Tenian la eminente prerogativa de presidir las asambleas legislativas, el senado y los comicios generales del pueblo. Y cuando era tiempo de convocar nuevamente estas asambleas, ellos eran los que hacian dicha convocacion. Como gefes, ejercian en tiempo de guerra el poder ejecutivo, y aun tenian mucha parte en la autoridad judicial, tanto en los negocios civiles como en las causas criminales. Habia tambien otros magistrados inferiores á estos para todo lo concerniente á la guerra, á saber, *los tribunos militares*, que en lo sucesivo reemplazaron tambien á aquellos por algun tiempo y *los Questores* para cuidar del *ærarius*, es decir, del tesoro público y del lugar en que se conservaban los archivos del Estado.

§. 149. *Gefes de los plebeyos.*

Los magistrados superiores de los plebeyos, los *Tribunos del pueblo* (§. 40) ostentaban menos fausto y magnificencia que los otros. Su poder estaba limitado al recinto de la ciudad y al radio de una milla, á menos que el senado no concediese una exencion especial que permitiese, por ejemplo, á un tribuno salir de Roma para hacer entrar en la obediencia al gefe de un ejército. No habia en Roma magistrados mas sagrados que los Tribunos. El poder estraordinario de un Dictador era el único que no podian restringir: respecto á los demas podian interponer su voto, ó cuando menos usar del derecho de oposicion. Los magistrados, que despues se llamaron *Ediles plebeyos* (*Ædiles plebis*), eran los únicos Ediles que existian en esta época; en ella gozaron de mayor consideracion que en lo sucesivo: sin embargo, no debemos deducir de aqui que tuviesen atribuciones diferen-

tes á las que desempeñaron despues los Ediles curules (*Ædiles curules*).

§. 150. *Autoridades locales.*

Los romanos no tenian aun en este tiempo magistraturas considerables, cuya autoridad solo pudiera ejercerse dentro de una demarcacion designada. No podia haber para Roma una *municipalidad* diferente del gobierno general del resto de la república, porque en el principio la ciudad misma formaba la totalidad del Estado y no era una villa separada (*municipium*). Como aun no existian otras ciudades notables por su estension, no habia municipalidades propiamente dichas, y la situacion de las provincias no exigia en esta época, que se confiase su administracion á autoridades locales particulares (1).

Instituciones concernientes especialmente al órden público.

§. 151. *Jus sacrum.*

En esta época no habia respecto de la instruccion pública, en el sentido que damos hoy á esta palabla, y escluyendo la acepcion mas general en que se comprende la educacion militar, no habia, decimos, para la instruccion de los habitantes de Roma otra institucion que el culto divino, cuya tendencia inmediata no era la de ilustrar á los hombres y hacerlos mejores, sino solo la de obrar sobre su

(1) La palabra provincia mas bien parece que se deriva de *providere* que de *vincere*, si se atiende á su significacion primitiva; debe pues provenir de la misma raiz que providentia.

imaginacion. La supersticion, ese vicio inherente á la infancia de los pueblos, era la única regla que dirigia la conducta pública de los rudos habitantes de la primitiva Roma. Todas las máximas de derecho que á él se refieren (*jus sacrum*) formaban parte del derecho romano, constituyendo un ramo importantísimo de él, cuya conexion con los otros era entonces mucho mas estrecha que lo fue en lo sucesivo. Todavia conocemos hoy el lugar que este derecho ocupaba en las Doce Tablas (§. 43), pero no nos es posible adquirir respecto de él noticias positivas, por un lado, porque en el cuarto período hallamos establecido en Roma un culto directamente contrario al antiguo, y por otro, porque desde la segunda mitad del tercer período, segun manifiesta Gajus, se daba ya menos importancia que antiguamente á las cosas sagradas, (*sacra*) Ciceron indica tambien al principio de este período que los progresos de las luces dañaron mucho á esta parte del derecho, lo que parece dan á entender asimismo las quejas mal disimuladas de Polibio. Las instituciones relativas al culto no se dejaban á la voluntad puramente arbitraria de ciertos individuos, reunidos para deliberar en comun sobre lo que podia referirse á ellas. Tampoco habia poder sacerdotal que estuviese exactamente en la misma línea que la autoridad soberana. En este ramo del poder los patricios se hallaban todavia colocados en el primer rango, y esta prerogativa era un medio poderoso de que se valian para apoyar y justificar sus pretensiones haciéndolas prevalecer sobre las de los otros. Sin embargo, las dignidades sacerdotales (*sacerdotia*) no las tenian los gefes anuales de la república, sino otras personas que las desempeñaban durante su vida, y cuyo nombramiento dependia muchas veces de sus cólegas para conservar con mas seguridad por este medio el espíritu

de cuerpo, al que por esta razon se llamaba *collegium*.

Solo los patricios podian pues en esta época ser sacerdotes: sus pronósticos tenian por principal objeto el contener á la plebe fascinándola. Tenian imbuido al pueblo en la idea de que su origen era divino, y por consiguiente que el porvenir les era conocido. Por este medio consiguieron que se les consultára sobre todos los asuntos de público interés. Sacaban sus presagios de la inspeccion de las entrañas de las víctimas, de sus movimientos ó palpitaciones, del vuelo ó canto de las aves, de los signos del cielo y de cualquiera acontecimiento estraordinario que ocurriese. Estos ridículos medios les valieron por mucho tiempo la dominacion que ejercieron sobre el pueblo. Entre las personas destinadas al culto se distinguian: 1.° Los *Pontífices* á la cabeza de los cuales se hallaba el Soberano Pontífice, quienes deliberaban por sí mismos, ó hacian deliberar en las asambleas especiales del pueblo acerca de todo lo concerniente á las materias religiosas: 2.° Los *Augures* encargados de los auspicios (§. 144), por cuyo medio predecian los acontecimientos futuros: 3.° Los *Feciales*, á quienes se confiaba todo lo que concernia á las relaciones con los otros pueblos, y á quienes se enviaba para declarar la guerra ó ajustar los tratados de paz: 4.° en fin los *Flamines* encargados de las divinidades particulares, y las *Vestales* consagradas al culto de la diosa Vesta, merecen tambien distinguirse, los primeros á causa del poder marital del que estaban revestidos (*in manum conventio* §. 173) y unos y otros por lo concerniente al poder paterno de que estaban libres (§. 175).

§. 152. *Cálculo del tiempo.*

Designábanse ciertos dias llamados *Fiestas* para los actos

concernientes al culto de los Dioses. De estas fiestas unas eran públicas para todo el pueblo y las otras privadas para las diferentes familias y casas (*gentes*). Estas últimas fiestas estaban bajo la vigilancia de los Pontífices que debian sobre todo cuidar de que no se las desatendiese, ya por pereza, ya por avaricia (*sacra privata perpetua sunto*). La distincion de los dias en fastos (*fasti*) y nefastos (*nefasti*) (§. 142) no solo ejercia su influencia sobre la decision de los juicios en materias litigiosas sino tambien sobre todos los negocios que tenian una relacion cualquiera con el derecho, sobre todo cuando se trataba de *obrar segun la ley* (*lege agere*). Esto es lo que nos esplica el porqué se hallaba uno muchas veces en la necesidad de consultar á los Pontífices acerca del tiempo en que era permitido ocuparse en tal ó tal negocio jurídico (1). Entre los antiguos ese cálculo anticipado que se forma á veces de un siglo entero y que por lo comun comprende tres ó cuatro eras, en una palabra el *calendario*, que hoy dia conoce cualquiera de nuestros aldeanos, era muy poco conocido entonces. En particular entre los romanos la intercalacion que regularmente se hacia cada dos años de un mes completo, cuya duracion variaba de un año á otro, hacia mas dificil el cálculo que en los demas paises. Todavia no se habia establecido la division del tiempo por semanas. Las gentes del campo iban á Roma cada nueve dias, el último de los cuales se llamaba nundinæ (quasi novem dinæ) empleando en el trabajo los ocho

(1) El siguiente pasage de Pomponio (Fr. 2. §. 6. D. 12): *Pontificum....... ex quibus constituebatur, quis quoque anno præesset privatis*, parece que se refiere á los *sacra privata*; lo mismo que este otro de Ciceron (De leg. 2, 8). *Quoque hæc privatim et publice modo rituque fiant, discunto ignari á publicis sacerdotibus.*

dias intermedios (1). Por lo demas, no debemos pasar en silencio que segun la costumbre observada entre los romanos, el dia se contaba desde media noche hasta media noche.

§. 153. *Guerra.*

El gobierno militar predominaba en Roma mucho mas aun que en los Estados modernos que mas se han distinguido por las armas. La guerra y los demas preparativos que esta exije, no constituian la ocupacion esclusiva de una clase que como por oficio estuviese separada y asalariada para

(1) Dos años se componian de 25 meses, porque cada año constaba de 355 dias, y cada dos años, al fin del último mes, es decir, despues del 23 de Febrero se añadia un mes intercalar (*mensis intercalaris*, *mercedonius*) de 22 ó 23 dias. Esta adicion hacia muy largo el año, de suerte que un dia que en el principio correspondia al fin del invierno, al cabo de algunos siglos caia en la primavera, el estío ó el otoño. Los cónsules, que debian en caso de guerra entrar en el ejercicio de sus funciones algun tiempo antes de comenzarse las hostilidades, se vieron obligados á elegir para esto otros meses que los que estaban designados para este efecto algunos centenares de años antes, pues la acumulacion de estos meses producia ya en tiempo de Caton, el mayor, la pérdida de un año entero, es decir, que segun el modo de contar de los romanos, habia cronológicamente un año menos que el que resultaba calculando el tiempo por las revoluciones de la tierra al rededor del sol. En el tomo XXVI de las Memorias de la Academia de Inscripciones hay una de La Nauze sobre el calendario romano hasta el tiempo de Julio Cesar, Memoria que ha excitado la admiracion de Gibbon, y á la que muchos sabios de nuestros dias no han dado todo el mérito que tiene. Un pasaje de Gajus (Fr. 98. §. 1 y 2, 50, 16) alude al mes intercalar para explicar por su medio la doctrina del *bissextum*. Lícito, pues, nos es juzgar que los compiladores de Justiniano no comprendieron bien el sentido de este pasaje. En cuanto á los glosadores, tampoco debieron comprenderle mejor, pues para ello son necesarios profundos conocimientos de los usos y costumbres de la antigüedad.

combatir, sino que todos los romanos estaban obligados á prestar á su vez sus servicios. No habia distincion alguna sino entre los que contaban muchas campañas y los que no estaban en este caso (*delectus*); á esto se refiere tambien la palabra *Legio*. El ejército elegia sus generales: por lo regular la eleccion recaia en los magistrados superiores del pueblo los cuales en este caso ademas de las operaciones militares, dirigian tambien otros ramos de la administracion.

§. 154. *Relaciones con los extrangeros.*

El derecho de gentes, tal como le reconocian los romanos, solo admitia aliados ó enemigos. Las alianzas formadas en esta época, rara vez fueron tan desiguales como en los tiempos posteriores, es decir, en la época en que los aliados (*socii*) vinieron á ser casi siempre verdaderos subditos. Cuando un ciudadano de una nacion habia ofendido á otro ciudadano de nacion diferente, se fijaba la indemnizacion que debia darse (*clarigatio*), para lo cual se nombraban enviados especiales (*legati ad res repetendas*), y cuando su mision no producia ningun resultado satisfactorio, los Feciales (§. 151) declaraban solemnemente la guerra, la cual quedaba legitimada por esta ceremonia. Desde entonces podian principiarse las hostilidades, tanto contra las personas como contra las cosas, como si nunca hubiese existido alianza entre los dos pueblos, á no ser que el general hubiese puesto alguna restriccion particular á esta facultad ilimitada. Se reconocia la reciprocidad en cuanto á los principios del *postliminium* (§. 189) al menos en lo concerniente á las cosas. Los Romanos continuaban casi siempre la guerra hasta que se les presentaba un momento favorable para concluir un tratado de paz ventajo-

so á sus intereses, obligando muchas veces á sus enemigos á que se rindieran á discreccion (*deditii*) (§. 162).

§. 155. *Rentas y gastos públicos.*

La administracion de las rentas y de los gastos públicos se hacia en este tiempo de un modo muy sencillo y las causas de esta simplicidad no son muy dificiles de señalar. En efecto, en esta época no habia que pagar ni sueldos, ni recompensas, al menos no habia tantas como en lo sucesivo. Ademas, las distribuciones públicas tan dispendiosas no se conocian aun, ó por lo menos eran muy raras. Entonces, en fin, solo habia muy pocos trabajos públicos, tales como caminos, aqüeductos &c. (*opera pública* en general) que construir ó conservar. El origen de las rentas públicas eran los impuestos que gravitaban sobre la fortuna de los ciudadanos en virtud del censo, el tributo que los plebeyos pagaban por las tierras que labraban, y finalmente, la porcion que correspondia al Estado del botin hecho en una guerra, cuyo resultado habia sido favorable. Entre las fuentes de donde se sacaban las rentas debemos contar las tierras que pertenecian al pueblo; las cuales se juzgaba que debian rendirle cierta renta (*vectigal*); pero los patricios se apoderaron muchas veces de dichas tierras sin pagar el cánon con que estaban gravadas, posesion que se trató repetidamente de quitarles por medio de leyes (*lex agraria*) muy provechosas siempre para el pueblo (1) En Roma no se conocia lo que entre nosotros se llaman *contribuciones indirectas*, como ni tampoco las regalias, tales por ejemplo, el beneficio sobre la moneda &c.

(1) Tito Livio refiere la primera ley agraria al año 268 de la F. de R. Ya se señalaban en esta época los mismos acontecimientos que despues se reprodugeron siempre que se renovaba la proposicion sobre la division de las tierras; es decir, que por una parte, se veia la envidia que los romanos manifestaban contra los Latinos, cuando se trataba de destinar tambien á estos últimos una parte de los terrenos, y por otra, los esfuerzos constantes de los patricios por presentar al pueblo como odioso al autor de semejante proyecto.

§. 156. *Policia.*

Muchos objetos que hoy pertenecen al ramo especial de la administracion que llamamos *Policia*, se hallaban entonces comprendidos en otras diferentes partes del derecho romano que acabamos de examinar. *La Policia propiamente dicha* era, por decirlo asi, completamente desconocida en Roma. A la verdad, se habian tomado medidas contra los pródigos (§. 180), se habian dado leyes contra la usura (§. 226), y de tiempo en tiempo proponianse varias para la particion de las tierras; sin embargo, los pobres no tenian asilo en que poder refugiarse, no existia en la legislacion romana ninguna disposicion concerniente á ellos, á menos que no quisiese considerarse como tal la ley que fijaba la tasa de los gastos funerarios introducida en su favor, como medio de prevenir la ruina de las familias. Roma no tenia todavia otros espectáculos que los combates de los gladiatores, juegos inhumanos sin duda, pero enteramente apropiados al caracter de aquel pueblo grosero y belicoso. Tambien parece que el uso de estos combates no se introdujo en Roma hasta bastante tarde, al menos en las ceremonias fúnebres. De los caminos públicos hemos ya hablado anteriormente.

DERECHO PRIVADO.

§. 157. *Reseña política del derecho civil en este primer período.*

Los patricios, segun hemos dicho ya, fueron los verdaderos fundadores de la ciudad, los únicos padres de la sociabilidad romana; por esto solo ellos eran ciudadanos desde su origen, *cives*, y guardaban el secreto y el privilegio del derecho, *jus civile*, que comprendia entonces tambien la religion y la política. En efecto fuera de ellos no habia ciudadanos, sino hombres, no habia derecho propiamente tal, y por lo mismo los matrimonios, los contratos, las adquisiciones de los demas no tenian aquel caracter solemne, ni iban revestidas de aquellas fórmulas jurídicas y religiosas que las hacian tan apreciables, y que servian para conservar en todo su brillo la superioridad que se habian arrogado. No diremos nosotros por esto, como M. Ballanche, que los plebeyos estaban completamente privados de todo derecho civil, no: porque no es facil concebir que una parte tan considerable, que formaba la mitad de la poblacion romana, se hallase sin derecho y no tuviese costumbres civiles. Pero lo que sí debemos confesar es que este derecho y estas costumbres diversas de las de los patricios, é inferiores á las de estos, no nos han sido descritas por nadie. Los patricios solos escribieron en los primeros siglos las leyes de Roma y no es de estrañar que sofocasen las tradiciones plebeyas, las cuales desaparecieron completamente cuando la plebe conquistó la libertad y la igualdad de derechos.

PRIMERA SECCION.

DE LAS PERSONAS (JURE PERSONARUM).



§. 158. *Consideraciones generales* (1).

Hasta los modernos no ha venido á ser la palabra *status* (*estado, condicion*) un término técnico en el derecho público, procedente de *status reipúblicæ*. Ciceron no le ha usado ni aun con relacion al derecho civil. Las espresiones *status hominum*, *status defunctorum*, *causa status*, *status quæstio*, *status controversia*, que se encuentran en los jurisconsultos posteriores, de ninguna manera significan que la primera parte del derecho civil trata de la diferencia de condicion (*status*), ni que el estado de las personas sea, ó natural (*naturalis*), ó civil (*civilis*); no significan tampoco que el estado civil presente las tres cualidades de que se habla en las Instituciones con ocasion de la tutela, y en las Pandectas con motivo de la *capitis diminutio* (palabras cuya inversion no admiten los modernos) y de la restitucion por causa de la menor edad (*in integrum restitutio*): sin embargo, la pérdida de estas cualidades está determinada en el derecho romano de una manera especial, y á ello se atemperan los modernos para examinar todo lo que tiene relacion con el derecho de las personas. En la actualidad se desprecian

---

(1) Gaii Inst. p. 1, 56.--Ulp. t. 1, 18. (Jus civil. Antej. p. 6, 51).--Inst. 1, 3, 26.--Dig. 1, 5. De statu hominum.

muchas circunstancias que ciertamente constituian un estado (*status*) entre los romanos, y la marcha que se sigue no es de ningun modo conforme á la que estos habian adoptado; con todo, nosotros seguiremos este órden por creerle mas conveniente.

DIFERENCIA ENTRE LAS PERSONAS LIBRES Y LAS ESCLAVAS.

§. 159. *Servi* (1).

La mayor diferencia establecida entre los hombres por el derecho romano, diferencia mucho mas esencial que todas las distinciones admitidas actualmente, es la que existia entre las personas libres (*liberi*) y los esclavos (*servi* (2): *servæ*, *ancillæ*, ó tambien *mancipium*). Esta materia ciertamente es conocida, pero no tanto como exige su importancia. Los esclavos no se consideraban como personas, sino como cosas, á veces, como nada; asi era que se les juzgaba *sine capite*: no gozaban de ningun derecho, y por lo mismo ni podian testar, ni contratar, ni aun contraer matrimonio, sino que vivian en contubernio con las esclavas. Como estaban considerados mas bien como cosas que como personas, los señores podian darlos á otros, legarlos y aun venderlos como cualquiera otra cosa en el mercado público, que para este efecto habia en Roma.

(1) Ulp. 2. De statu liberis.--Inst. 1, 3. De jure personarum.--Dig. 40, 1. De manumissionibus. 2. De manumissis vindicta. 4. De manumissis.--Testamento. 7. De statu liberis.

(2) Servus viene mas bien de ερος ó de *serere* que de *servare*. Segun esta etimologia tiene con respecto á su origen cierta relacion con *nexus*.

Entre los esclavos no habia diferencia alguna en cuanto á su condicion, todos carecian igualmente de derechos políticos y civiles; pero en cuanto á los cargos que desempeñaban y al trato que recibian de sus señores habia varias. En efecto, unos servian de mayordomos, otros de administradores ó cajeros, otros de médicos, otros de jardineros, molenderos, ayos, barrenderos, mozos de litera, arquitectos, trinchantes, conserges, &c.

Por razon de los señores, los esclavos eran ó *privados* ó *públicos*; privados los que por señores tenian á individuos particulares. Públicos, bien los que lo eran por castigo, ó que habian sido hechos prisioneros. Las ocupaciones de los primeros las hemos indicado ya; las de los segundos eran el acompañar y servir á los magistrados; asi unos eran escribanos, otros mozos de estrados &c. La condicion de estos era menos infeliz, pues aun antes de ser manumitidos gozaban del derecho de testar de la mitad de sus bienes (1). Tambien habia siervos rústicos ascriptos á la gleva, que se llamaban *ascriptitii*. Con todo, cuando se hallaban *statu liberi* (palabras que ya se encuentran en las doce tablas (2) y cuya inversion admiten los modernos; de las cuales la primera no proviene del sustantivo *status dies* ó *statim*) estaban en espectativa de la libertad, la que adquirian, no por el capricho del señor, sino por la realizacion de una condicion, ó la llegada de un dia determinado. Mas la simplicidad del derecho primitivo, la consideracion de

(1) Ulp. Fracm. 20.

(2) De la proposicion contenida en las 12 Tablas que decia *statu liber* EMPTORI *dando liber esto* solo se ha conservado la palabra EMPTORI (Ulp. 2. §. 4.-Fr. 25 y 39. §. 1. D. 40, 7).

que la palabra *dare* no se usa en lo sucesivo cuando se trata de los *statu liberi*, mientras que se la supone en el pasage de las doce Tablas, y tambien la de que podia uno ser esclavo por su voluntad (*vi ipsa*) (1) todas estas circunstancias nos autorizan para pensar que en la época en que hablamos, se comprendian bajo la espresion *statu liberi*, los que entre los modernos estan en un estado opuesto al de una justa esclavitud. Por la misma razon se llamó tambien con igual nombre á los que habian recibido la libertad por un acto testamentario, *testamento*, que envolvia una condicion.

§. 160. *Origen de la servidumbre.*

Nacia el hombre esclavo cuando su madre era esclava (*ancilla*) ó *se hacia*, 1.° bien si era hecho prisionero, siendo enemigo, ó no encontrándose comprendido en ningun tratado, lo cual dió origen á las palabras *servus* y *mancipium*. 2.° bien si el acreedor vendia al deudor para hacerse pago con el precio de la venta, 3.° bien en fin, si se le imponia la esclavitud como pena en castigo de algun crímen, como si se desertaba algun soldado del ejército en cuyo caso se fingia que la pena era su señor y por esto se les llamaba *servi pence*. Por convencion, ni por prescripcion no se llegaba á ser esclavo.

§. 161. *Hombres libres.* (2)

Todo hombre podia haber nacido libre, ó romano libre, (*ingenuus*) circunstancia que se determinaba por la condicion

(1) Fr. 1. D. 40, 7.
(2) Ulp. 1, 5, y sig. *De libertis.*--Inst. 1, 4. *De ingenuis* 1, 5. *De libertinis.*

de la madre, ó bien haber adquirido la libertad por haber salido de una justa servidumbre, (*libertinus*) diferencia que constituye tambien un estado, una condicion (*status*) aunque no tenga representacion en la capitis diminutio. El acto por el que se adquiria la libertad se llama *manumisio*, término cuya inversion conservan los modernos. En su lugar se encuentra ordinariamente en Plauto *emittere manu*, lo que no es exacto, porque el poder que tenia el señor sobre su esclavo no debia llamarse *manus*, y ademas porque tambien se otorgaba la libertad por un tercero autorizado por el señor del esclavo. La manumision tiene analogia con las diferentes maneras de adquirir la propiedad de una cosa, las cuales en breve daremos á conocer. En efecto, tiene lugar. 1.° ante el magistrado (*in jure* ó *coram magistratu*) en cuya presencia se declara libre á aquel que hasta entonces habia sido esclavo (*vindicta* y no *per vindictam* ó *cum vindicta*); lo que quiere decir *in libertatem vindicatione*, y en Plauto *festuca* (1). No estan acordes los autores acerca de la etimologia de la palabra *vindicta*. Unos creen que era el nombre que se daba á la varita del lictor. Otros que provenia de un esclavo, llamado *Vindicius*, el cual habiendo descubierto la conspiracion que fraguaban los hijos de Bruto y otros para restituir la corona á las sienes de Tarquino, consiguió en premio la libertad, la que se le dió usando de ciertas solemnidades que continuaron en lo sucesivo con el nombre de *Vindicta*. Por lo demas, segun la opinion mas seguida entre los modernos, este modo de manumitir no consistia mas que en un juicio verbal que se verificaba ante el pretor, ante quien iba el señor con el esclavo: un amigo de este ó el lictor tocándole con la varita

(1) Mil. Glor. 4, 1, v. 17.

decia *Aio hunc hominem esse liberum ex jure Quiritium*; entonces preguntaba el pretor al dueño si tenia algo que objetar, y si este callaba ó manifestaba su conformidad con la peticion, el magistrado declaraba la libertad de aquel esclavo. Para que todas estas manumisiones fuesen válidas el siervo debia hallarse en el dominio quiritario del señor; la manumision se verificaba tambien 2.° por la inscripcion del nombre del esclavo en las tablas del censo á peticion de su señor (*censu* y no *per censum*) El siervo que era manumitido *censu* no adquiria inmediatamente la libertad, sino que tenia que aguardar á que trascurriese aquel lustro, durante el cual podia arrepentirse su señor y evitar el que llegase á conseguirla (1); 3.° ó en fin, por testamento (*testamento* y no *por testamentum*), materia que no ha sido sin embargo, tratada por los Decenviros, ni en este lugar, ni con ocasion de la tutela. En la manumision verificada por testamento hay que distinguir si se daba la libertad al siervo directamente; v. gr. *Davus servus meus liber esto*, ó si se dejaba con palabras suplicativas en forma de fidei-comiso, como *rogo hæredem meum ut davum manumittat*. En el primer caso adquiria el siervo la libertad en el momento de la adicion de la herencia: en este caso no tenia por patrono sino al mismo testador y se le llamaba liberto orcino, pues se juzgaba que su patrono se hallaba en las regiones del infierno. En el segundo, el esclavo pasaba desde luego á ser propiedad del heredero, quien le manumitia despues por vindicta ó censo, adquiriendo sobre él el derecho de patronato. Ademas, poseemos un fracmento que prueba que la adopcion ha sido suficiente en ciertos casos

(1) Cic. de orat. I, c. 40.

para otorgar el beneficio de la libertad (1). La manumision en esta época no era muy frecuente porque los romanos, pobres aun, no poseian mas que un corto número de esclavos.

El hombre nacido libre y hecho esclavo por los enemigos, recobraba todos sus derechos al salir del cautiverio, aun aquellos que gozaba por su cualidad de ingenuo (*postliminium*) (2). Lo mismo sucedia en todos los demas casos antes enumerados (§. 159) y en los que uno se hallaba *statu liber*.

Derecho de ciudad.

§. 162. *Cives et peregrini.*

La diferencia entre los hombres libres que procede ó de que son romanos (C. R. quiere decir *Cives Romani*, palabras que no se emplean igualmente en un sentido inverso, ni *optimo jure*) ó de que no lo son (*peregrini* ó aun *hostes*, espresion que en un principio tenia quizá mas relacion con *hospites*) no se presenta en el derecho romano sino al hablar de los manumitidos. Esta distincion de la mayor importancia en lo sucesivo es de muy pequeño interés en este período que explicamos, pues en él, todos los manumitidos de los romanos son ciudadanos romanos. Tambien gozaban del derecho de ciudad en un principio los que construian edificios en los campos cercanos á Roma, los que se aliaban con los romanos y hasta los que se rendian en las batallas, á los cuales se repartia cierto terreno para interesarles de este modo en la causa romana, y poder extender asi el plan de sus conquistas. Sin embargo, la condicion de los manumiti-

(1) Gajus, §. 12, I, 1, 11. De Adopt. Vide tambien Aul. Gell. 5, 19.

(2) Dig. 49, 15. De captivis etposthliminio et redentis ab hostibus.

dos y de los que se rendian en las batallas deponiendo las armas, se miraba siempre como inferior á la de los *ingenui*, por lo cual se les inscribia en las cuatro tribus urbanas, donde se hallaba la gente menos noble, resultando de aqui que el derecho de sufragio, que se les concedia, era ilusorio. Tampoco se les admitia á servir en las legiones romanas, sino solo en la marina, y en las cohortes de espías ó atalayas, que eran servicios menos honrosos, y aun en ellas no podian llegar á ser oficiales. No podian obtener dignidad alguna; asi es que en todo el tiempo que duró la república, ninguno de esta clase entró en el senado. Tampoco podian casarse en un principio con una muger ingenua. De aqui nació una distincion entre el *jus Quiritarium* y el *jus civitatis*, que antes estaban confundidos, siendo en lo sucesivo el *jus Quiritium* el estado mas privilegiado y mas completo de los *cives optimo jure*, y el *jus civitatis* el menos excelente, es decir, menos noble, menos completo que gozaban otras personas: asi los Latinos tenian el *jus civitatis*, pero no el *jus Quiritium*. Este comprendia el goce completo de todos los *derechos políticos* y *civiles*. Los derechos políticos se reducian al derecho de censo, de milicia, de dar sufragio, de obtener honores, del sacerdocio, &c. Los civiles comprendian el derecho de connubio, de patria potestad, de propiedad, de heredar, de usucapir, &c. El *jus civitatis* solo comprendia los derechos civiles, no los políticos. Por lo mismo, pues, el *jus Quiritium* equivalia al *optimum jus civium romanorum* y comprendia en si el *jus civitatis*: este como inferior, no comprendia el *jus Quiritium*, sino que era una parte de él. Este mismo *jus civitatis* sufria diminuciones algunas veces, y era inferior en algunos sugetos, pues que se separaba de él, v. g., el *commercium*, no concediendo la facultad de comprar y de vender (*jus emandi vendendique*)

con lo cual se veian privados del derecho de propiedad, la *testamentifactio*, que conferia el derecho de testar y de heredar, y otros. Asi es que entre la condicion de ciudadano romano y la de estrangero habia muchos grados intermedios, que estaban ocupados por los latinos, (*latini*), por los aliados (*socii*), por los transfugas (*dedititii*), &c.

El ciudadano romano gozaba de ciertas prerogativas que garantian el goce de su libertad política y civil. En efecto, estaba seguro no solo del poder del señor, pues que un ciudadano romano no podia ser reducido á la esclavitud, sino por los únicos medios que hemos señalado en el §. 160, sino tambien del poder de los tiranos y de los magistrados, del capricho de los acreedores, de las penas de azotes y del tormento.

§. 163. *Adquisicion y pérdida del derecho de ciudad.*

El derecho de ciudad se adquiria, 1.° por el nacimiento, en el que se consideraba, ó la condicion de la madre, si el hijo habia nacido fuera de matrimonio, ó la del padre, si dentro del matrimonio. 2.° Por manumision hecha por un ciudadano romano; y 3.° Por la adopcion. Este último medio era entonces tanto mas facil de emplear, cuanto que con frecuencia se habia apelado á la fuerza para que se aceptase el título de ciudadano.

El derecho de ciudad se perdia con la libertad, ó cuando permaneciendo libre, pasaba uno á ser miembro de otra corporacion.

§. 164. *Corporaciones ó personas morales.*

Ninguna disposicion civil se encuentra en las doce ta-

blas relativa á los cuerpos, corporaciones ó personas *jurídicas* de los modernos (*Universitates, Collegia, corpora, societates, personæ publicæ* en Frontin, y mas tarde *corporationes*). Sin embargo, es este un punto de doctrina que naturalmente debe tratarse al hablar del derecho de ciudad; y aunque nada se advierta en los sistemas que en la jurisprudencia habian introducido los antiguos, no por eso debe ponerse en duda que hubiese ya establecidas en su tiempo semejantes corporaciones privilegiadas.

§. 165. *Consideraciones generales sobre la familia* (1).

La historia en su curso variado nos presenta esta grande institucion bajo de muy diversos aspectos.

En todo pais donde la aristocracia domina, el Estado no es mas que una federacion de familias que forman otras tantas pequeñas sociedades independientes, cuyo gefe es á la vez el capitan, el magistrado y el sacerdote de cada una de ellas. En estos Estados, la familia es uno de los elementos políticos; no se disuelve mientras que su gefe vive; en muriendo, el hijo ocupa el puesto de su padre, y de este modo se conserva el recuerdo del primitivo origen. Alli el individuo que no es cabeza de familia, no es nada, sus mas sagrados derechos se ven hollados á cada paso; el gefe lo es todo. Roma era un pueblo de esta clase. Por esto vemos en él la familia organizada como un pequeño Estado con su culto y con sus leyes particulares. Por esto se nos representa el padre como señor y juez doméstico, reasumiendo

(1) Gaii Instit. p. 13. Ulp. 4. De his qui sui juris sunt. Instit. 1, 8. De his qui sui vel alieni juris sunt.

en su persona toda la familia, y ejerciendo el dominio mas absoluto sobre todos los individuos y todos los bienes que la constituyen, como el único independiente (*sui juris*). Por esto se daba tanta preferencia á los hijos varones. Por esto se establecia cierta semejanza entre el hijo adoptivo y el hijo natural. Por esto, en fin, el que no era individuo de esta santa familia no tenia derecho alguno civil ni político.

Tales eran los fundamentos sobre los cuales estaba basada la antigua sociedad romana. Muy diversos son ciertamente los principios que consagran hoy acerca de este punto las legislaciones mas democráticas y mas justas de la moderna Europa.

La voz familia, que se toma en diferentes acepciones, se deriva de *famulari*, asi como *pecunia* y *peculium* provienen de *pecus*.

El poder que ejercia el padre de familias sobre los individuos que á él estaban subordinados, era de tres clases, que Gajus designa con las expresiones de *potestas*, *manus* y *mancipium*, de las cuales ninguna se encuentra en la ley de las doce tablas, á menos que se exceptúe la última, que se le halla algúnas veces, aunque usada en un sentido diferente. Todo nos autoriza á creer que el sentido de aquellas palabras no quedó fijado perfectamente hasta el fin del período siguiente, asi como sabemos positivamente que á escepcion de una de ellas, las demas desaparecieron al terminar el cuarto período. La potestad (*potestas*) es tambien el derecho que se ejerce sobre el esclavo; mas, sin embargo, los tres derechos de que hacemos mérito, se estienden á los hombres libres y á los romanos. Bajo este supuesto; aquel que tiene á otra persona en su poder, esceptuando el *mancipium* en algunos casos, siempre debe ser del sexo masculino y adulto. Muchas personas á la vez no pueden ejercer

este poder; se estingue con la muerte, y durante la vida parece que podia trasferirse. Sin embargo, la segunda circunstancia no es completamente aplicable á todos los casos, y tampoco ofrece duda que una relacion de esta naturaleza entre dos individuos podia ser la causa de la semejanza en sus nombres.

§. 166. *Potestas.*

La palabra *potestas* la encontramos tanto en el derecho público (1) como en la parte del derecho civil que se refiere á las cosas (2). Casi siempre es una espresion técnica que se emplea para designar las dos maneras por las que puede encontrarse un individuo bajo la dependencia de otro. Corresponde á la palabra *poder*, que tan diferentes acepciones tiene tambien en nuestra lengua. Los romanos distinguian, en efecto, el poder del señor (*dominus herus*) sobre su esclavo; y el del padre, llamado *parens*, *pater*, y no *pater familias*, porque esta espresion, que es ciertamente de origen mas reciente, no espresa una relacion: el padre ejercia este poder sobre su hijo (*filius familias*), ó sobre su hija (*filia familias*). En los primeros tiempos la patria potestad era tan estensa que se llamó por algunos *patria majestas*. Entonces los hijos se consideraban como cosas respecto del padre, asi es que podia vindicarlos, entablar contra los que los arrebataban la accion de hurto, emanciparlos como las demas cosas *mancipii*, y venderlos hasta tres veces. Su condicion pues no era mejor que la de los mismos siervos, porque á semejanza de estos nada tenian propio, cuanto adquirian era para el padre á quien competia sobre el hijo no solo el derecho de castigarle sino hasta el de vida y muerte. La patria potestad era perpetua, es decir, duraba mientras vivia el padre, de tal suerte que contra la voluntad de este no le era posible al hijo hacerse *sui juris*: y se estendia no solo á los hijos sino tambien á los nietos.

(1) En efecto encuéntranse ya las palabras *consulari potestate*, *tribunitia potestas* &c.

(2) Plenam in ea re potestatem, §. 4. Instit. 2. 4.

§. 167. *Poder sobre los esclavos.*

No tratamos aqui con especialidad de como nació este poder. Todo este punto de doctrina descansa en gran parte, ya sobre lo que dejamos dicho acerca de la diferencia entre el hombre libre y el esclavo, y ya tambien sobre lo que despues daremos á conocer respecto de la propiedad de las cosas. Sin embargo, no podemos escusarnos de decir que este poder era muy arbitrario, que la ley en nada le restringia y solo se contenia en los límites que le marcaban las costumbres de aquel pais, las cuales en la época de que hablamos no eran las mas á propósito para suavizarle. En efecto, en esta época, hallándose considerados los siervos como cosas y no habiendo llegado todavia la civilizacion á modificar las primitivas y belicosas costumbres, estos eran tratados con una crueldad estraordinaria, y con una inhumanidad sin límites. No habia género de castigo por cruel y afrentoso que fuese que el señor no estuviera autorizado para imponer á su siervo, á quien hasta le era lícito quitar la vida. (1). Acerca de la bárbara inhumani-

(1) Hisp. apud Seneca controv. 10. 4, dice (*in servum nihil non domino licere.*)

dad con que los señores hacian castigar y atormentar á los siervos solo por diversion á veces, son infinitos los egemplos que citan Séneca de ira 3. 40. Plinio. Hist. Nat. 9, 23. Juvenal, Sat 6 y test.°

§. 168. *Derechos sobre los manumitidos.*

El que antes habia sido señor de un esclavo, á quien habia manumitido, se llamaba *patrono* (*patronus*), es decir, tomaba el mismo título que tenia el patricio respecto de su cliente (§. 32) aunque no en este sentido se emplea en las doce tablas. A aquel que habia sido esclavo se le llamaba *manumitido*, *liberto* (*libertus*). Apesar de que en ninguna de las disposiciones que se refieren en este período, esten consignados los derechos que conserva el señor despues de haber dado la libertad á su esclavo, sin embargo, Gajus y Ulpiano nos manifiestan en varios parajes las relaciones que entre uno y otro existian; estas se reducian á las siguientes: 1.ª El manumitido no podia sin licencia del magistrado citar en juicio á su patrono; 2.ª Tampoco podia entablar contra él accion alguna infamante; 3.ª El patrono que debia alguna cantidad á su liberto gozaba del beneficio de competencia; 4.ª Si se hallaba en desgracia, el liberto debia mantenerle. Las mas veces el liberto se quedaba en la casa del patrono, y en ella continuaba desempeñando los servicios á que habia estado destinado; pero ademas de estos que se reputaban como voluntarios, el liberto tenia que desempeñar otros llamados necesarios, bien porque se le hubiesen exijido al tiempo de la manumision, bien porque él mismo hubiese prometido desempeñarlos bajo juramento. Estas obligaciones, sin embargo, tenian la circunstancia de ser

puramente inherentes á la persona del patrono, de suerte que si este moria, ó sufria cualquiera *capitis diminutio*, se estinguian. Finalmente, el patrono tenia tambien ciertos derechos en los bienes que el liberto dejaba á su muerte. Aqui se ofrece una cuestion muy importante; la de saber si en tiempo de las doce tablas, aquel que de cualquiera manera se encontraba bajo la potestad de un patrono, podia ser tambien patrono de sus manumitidos, puesto que vemos que en todos los otros casos, aquel que estaba *in potestate*, *manu*, *mancipio*, no podia tener cosa alguna en su poder. Para la solucion de esta cuestion carecemos, ante todo, de una nocion importante, cual es, la de no saber si la palabra *patronus* está empleada en las doce tablas como sinónima de *manumissor*. Vemos, por el contrario, que esta ley habla en dos ocasiones (1) de una relacion que, hácia el fin del período siguiente, se consideraba ya como un ejemplo de una materia muy rara, y que en el período tercero desapareció completamente, de cuya relacion, sin embargo, se ha conservado hasta nuestros dias una palabra en las lenguas modernas (2); queremos hablar de los *gentiles* (*gentiles*, ó como se les llama tambien una vez *gentilitii*). Los que tenian un mismo nombre pertenecian todos á una misma raza (*gens*), eran *gentiles* entre si (3). Por consiguiente, como el manumitido tomaba el nombre de aquel que habia sido su

(1) Al hablar de la curatela y de la sucesion *ab intestato*.

(2) *Gentilhombre*, *gentleman*, *gentiluomo*.

(3) *Gentilis* es el que pertenece á la misma *gens* como *tribulis* el que forma parte de la misma tribu. (Plin. Hist. Nat. 33, 1). Los esclavos estaban de tal modo aislados de los ciudadanos que no se les designaba sino por el nombre de sus dueños de quienes se llamaban gentiles. (*gentiles dominorum*).

señor, era, lo mismo que sus hijos varones, *gentilis* de este y de su descendencia masculina.

Tito Livio, habla espresamente, refiriéndose á un manumitido, de su casa (*gens*) y de que se heredaba al hijo de un liberto por derecho de parentesco (*gente*). Pero naturalmente debia haber gran diferencia entre los que habian *nacido* en la familia *gens* y los que solamente habian sido *adoptados*, y sus descendientes: es decir, entre los que formaban el tronco de la *gens*, todos de origen patricio (1), y los que habian entrado en la familia por el hecho de la manumision que se les hubiese otorgado á ellos, ó á sus antepasados. Siempre que se trataba de aplicar los derechos de los *gentiles* solo se tenia en cuenta á los primeros, es decir, á los patricios: quizá fuera tambien á ellos solos á los que se les denominase *gentiles*, quedando reservado el nombre de *gentilitii* para aquellos sobre quienes tenian algunos derechos (2).

(1) La expresion *Vos solos gentes habere* que se atribuye á los patricios prueba que la gentilidad se referia solo al patriciado; por lo cual no debe admirarnos que cayese en desuso pues que el patriciado mismo quedó abolido.

(2) Admitiendo este principio la definicion dada por Cic. (Top. 6.) de los gentiles en la que dice que son solo aquellos *ab ingenuis oriundi* y de los que *nemo mayorum servitutem serviverant* no presenta dificultad alguna. Estas dos condiciones que expresa Ciceron como indispensables para los *gentiles* no lo eran para los *gentilitii*. Pero sino queremos valernos de esta palabra que solo se ve usada en un manuscrito poco auténtico, al menos se puede asegurar que la voz *gentiles* se tomaba en dos sentidos, á saber: uno que indicaba que ciertos sugetos pertenecian á una familia; y otro que manifestaba la condicion preferente que en dicha familia tenian ciertas personas, las cuales egercian en virtud de esta preferencia ciertos derechos sobre los demas. La palabra *gentiles* puede compararse á la de *agnati* la cual no se aplicaba mas que á un individuo del sexo masculino aunque tambien podia uno ser agnado de una Romana. Sin embargo, nadie interpreta mal la palabra *agnati* y esto pende de que la materia nos es conocida y de que sabemos por Ulpiano la acepcion de esta palabra segun las personas á quienes se aplicaba, circunstancias que no concurren en la palabra *gentiles*, cuyas diversas significaciones no nos son mas conocidas que la materia á que se refiere.

El patrono del manumitido se encontraba, en cierto modo, en el primer grado del patronato, mirado este bajo un punto de vista general, y si se consideraba á sus descendientes en el mismo rango, no era en virtud del patronato en general, sino por la relacion particular de la *gentilidad* (*gentilitas*). Esta relacion se parecia en un todo á la establecida entre los agnados, entre quienes los de la misma sangre eran siempre considerados como los primeros, de manera que eran, respecto á los hombres nacidos libres, lo que el patrono y sus hijos eran respecto á los manumitidos.

§. 169. *Patria Potestas. Adquisicion de este poder.* 1.° *por el nacimiento* (1).

La patria potestad (*patria potestas*, palabras cuya inversion tampoco admiten los modernos) constituye la manera primera segun la que un hombre libre y romano puede depender de otro. Proviene del nacimiento (*ex justis nuptiis*, *ex justo matrimonio*) (2) que procede de una muger que vive en un estado de matrimonio, aprobado por las leyes romanas, ya con la persona que adquiere este poder, ya con un hombre que se halla bajo el poder de este. En los pri-

(1) Gaii *Instit.* p. 13 y sigs.--Ulp. 5. *De his qui in potestate sunt.*--Instit. 1, 10. *De nuptiis*--Dig. 23, 25.

(2) La palabra *justæ* es necesaria aqui; pero los modernos cometen un error en usarla en la fórmula tan comun *Pater est, quem justæ nuptiæ*, &c.

meros tiempos habia en Roma dos clases de matrimonios: la mas sagrada puesto que por ella se comunicaban los derechos civiles y religiosos, era cuando la muger *in manum convenerat* y entonces se hacia *Materfamilias* y producia la patria potestad. La otra menos solemne se verificaba por los medios naturales sin la intervencion de los ritos sagrados, *sine in manum conventione* y entonces solo se hacia *Matrona* y no habia patria potestad. Para contraer matrimonio por medio de la *in manum conventione* se usaba de tres especies de ritos, á saber; del *uso*, de la *confarreacion* y de la *coempcion*, de los cuales hablaremos detalladamente en el §. 172. Las Instituciones, que guardan silencio sobre la *manus*, no son la primera obra que trata del matrimonio, pues Gajus y Ulpiano hablan de él accidentalmente, aunque ambos callan acerca de los modos de acabarse este contrato, y solo Ulpiano es quien habla de la influencia que tiene sobre los bienes. Para que el matrimonio sea legítimo son necesarias muchas condiciones. En primer lugar, los esposos deben ser púberes, libres, y estar en el goce hasta cierto grado del derecho de ciudad, siendo ademas preciso que ni uno ni otro se halle ligado con vínculos de un matrimonio precedente.

Otra condicion no menos esencial es la conformidad (*connubium* (1) de los contrayentes, la cual exige que ambos sean ó patricios ó plebeyos (2), y quizá tambien que si la muger es liberta lo sea igualmente el esposo, y pertenezca á la misma raza (*gens*) que este (3). Por último, es

(1) En términos jurídicos esta palabra no designa propiamente ni el mismo matrimonio ni la aptitud de la persona para contraerle.

(2) Un texto de las doce tablas no deja duda sobre esto.

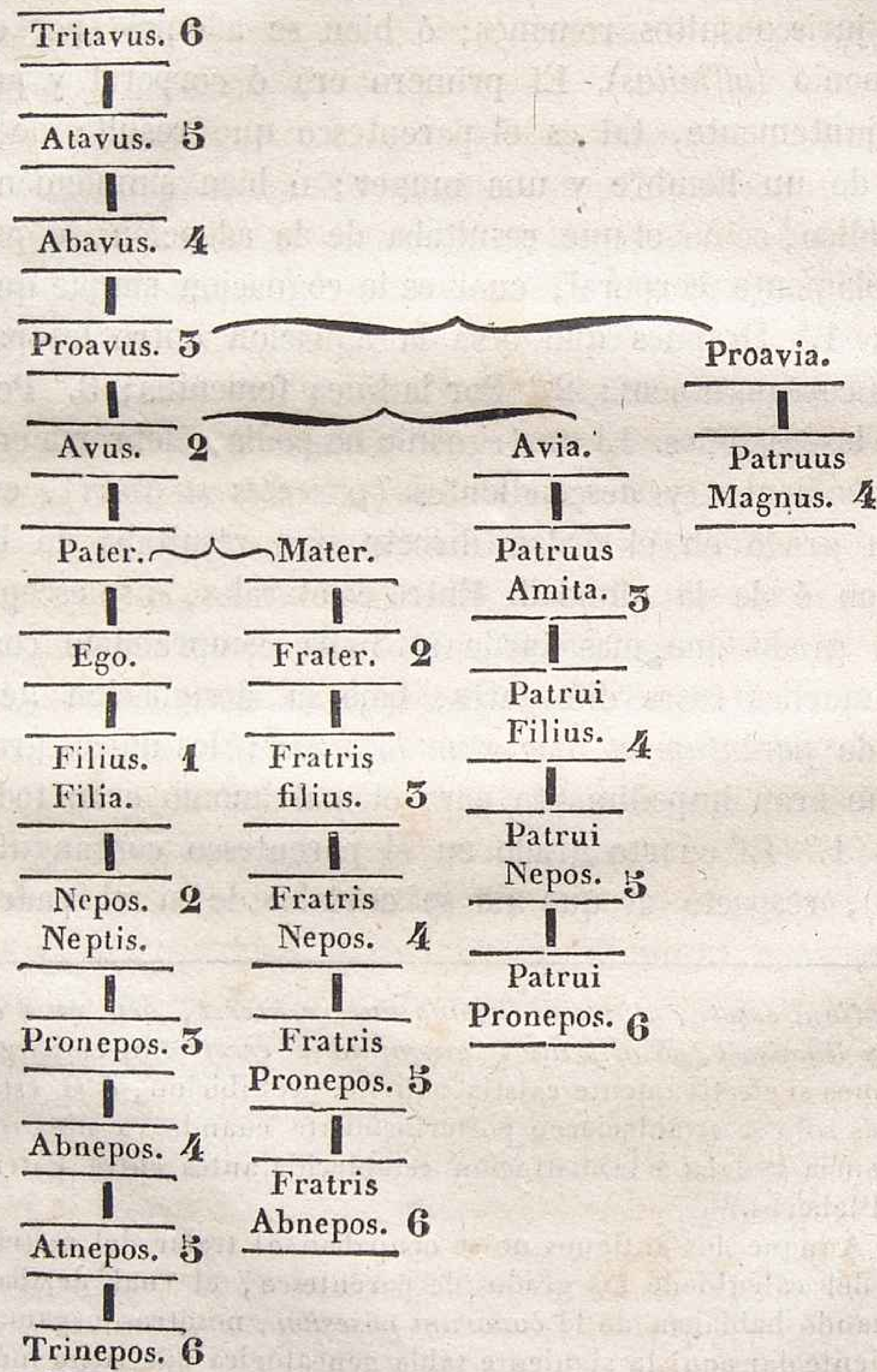
(3) Un senado consulto del 2.° período nos da á conocer esta circunstancia (Liv. 39, 19) *Utique Fesceniæ Hispaliæ...... gentis emptio... esset... utique ei ingenio nubere liceret, neu quid ei, qui eam duxisset, ob id fraudi ignominiæve esset.* Sin embargo, ignoramos si efectivamente existia aquella prohibicion, ó si estas máximas solo se establecieron posteriormente cuando ya ninguna importancia se daba á la distincion establecida antes entre Patricios y Plebeyos.

condicion indispensable que la proximidad de parentesco no haga incestuosa la union. Este parentesco puede ser ó de consaguinidad, llamada *cognatio*, término que lo mismo que *agnatio* proceden de *gnasci*, y designa la afinidad de raza y no la consanguinidad, al menos en el lenguage de los jurisconsultos romanos; ó bien se adquiria por el matrimonio (*affinitas*). El primero era ó corporal y jurídico juntamente, tal es el parentesco que resulta de la union de un hombre y una muger; ó bien simplemente jurídico, como el que resultaba de la adopcion, ó por fin, solamente corporal, cual es la cognacion simple que existe; 1.° Despues que cesa la agnacion entre los parientes consanguíneos; 2.° Por la línea femenina; 3.° Por la de los estraños. El matrimonio no podia celebrarse entre ascendientes y descendientes (*parentes et liberi*), en ningun grado en el órden directo que resultaba de la agnacion ó de la afinidad. Entre colaterales, si se esceptúa el grado que mas tarde se halla comprendido con otros muchos casos diferentes, bajo la designacion general de *parentum et liberorum loco esse*; los únicos grados que eran impedimento para el matrimonio eran todo lo mas 1.° El cuarto grado en el parentesco consanguíneo (1), respecto al que no se cuidaba de si el padre

(1) Aunque los antiguos no se ocupaban al tratar del matrimonio del cálculo de los grados de parentesco, el cual dejaban para cuando hablaban de la *bonorum posesion*, nosotros juzgamos conveniente dar aqui la siguiente tabla genealógica que tiene mu-

y la madre habian sido los mismos; 2.º El mas próximo grado posible en el parentesco puramente jurídico; aqui

cha semejanza con la que se ha publicado sacada de un manuscrito de Cujas.



no se tenia ninguna consideracion á la afinidad. No habia circunstancia alguna que pudiese dispensar de estas prohibiciones, aunque no se referia directamente á ellas ningun pasaje de las doce tablas.

Para que el matrimonio sea real y válido es indispensable el mútuo consentimiento de las partes contrayentes, y cuando estas estan en poder de los padres, el consentimiento de estos últimos (1). Por lo demas, no parece fuesen esenciales para la validez del matrimonio la cohabitacion, ni ninguna otra demostracion esterior que indicase la existencia de este.

Nada dicen los antiguos acerca del fin del matrimonio, á pesar de que es de la mayor importancia respecto al poder paterno, puesto que la procreacion posterior á la disolucion del matrimonio no confiere aquel poder.

El matrimonio cesa;

1.º Por la muerte; y en esto no se tiene ninguna consideracion con los herederos.

2.º Por la incapacidad de uno de los esposos para vivir en adelante en el estado de matrimonio, ó por el hecho de un acontecimiento que destruye las conveniencias recíprocas (*connubium*).

3.º Por el divorcio.—Se hablaba de este acto en las doce tablas, mas se ignora lo que decian. Tampoco se sabe si era aplicable á todos los matrimonios, aun á los contraidos sin *manus*. La discusion sostenida sobre si el primer divorcio tuvo lugar durante este primer período, ó sino se verificó hasta muy entrado el segundo, parece se ha suscitado por haber interpretado mal un pasaje relativo á la in-

(1) Ulp. 5, 2.... *et utrique consentiant, si sui juris sunt, aut etiam parentes eorum si in potestate sunt.*

troduccion de la caucion que debia dar el marido para la restitucion de la dote de su muger (*cautio res uxoriæ*) (1). Una circunstancia que se liga con el asunto que tratamos y que debe mencionarse, porque en las doce tablas hay un pasaje que se refiere á él, es que el hijo nacido diez meses despues de la disolucion del matrimonio era considerado como legítimo (2), mas los antiguos no hablan de esta circunstancia en el artículo del matrimonio.

§. 170. 2.° *Por adopcion* (3).

La patria potestad tambien puede nacer de la voluntad libre del que se constituye padre. Esto se verificaba por la adopcion (*adoptio*, tambien se llama *optio*, eleccion, cuando se refiere á cosas) que en general era un acto por el que un ciudadano adquiria el poder paternal sobre otro,

(1) Aul. Gell. dice espresamente refiriéndose á Servio Sulpicio *De Dotibus*; *Tum primum cautiones rei uxoriæ necesarias esse visas scripsit cum Sp. Carvilius..... divortium cum uxore fecit*. Nada prueba sin embargo que este escritor ni Dionisio de Halicarnaso y Valerio Máximo hayan visto en este pasage el primer ejemplo del divorcio. Por lo demas Montesquieu comete un grave error (16, 16,) al citar el ejemplo de Coriolano como prueba de que el divorcio tuvo lugar en Roma antes de la época que se designa por los tres autores que acabamos de citar, porque el matrimonio de Coriolano fue disuelto por la capitis diminucion media que sufrió, es decir, á consecuencia de la pérdida del (connubium).

(2) Godofredo inserta en la Tabla 4.ª las siguientes palabras: *Si qui ei in X mensibus proximis posthumus natus escit, justus esto*, en apoyo de las cuales no hay otra prueba que un pasage de Aul. Gell. (3, 16), en el cual dice que los Decenviros habian adoptado el término de diez meses.

(3) Gaii *Instit.* p. 26.--Ulp. 8. *De adoptionibus*. *Instit.* 1, 11. *De adoptionibus*.--*Dig.* 1, 7. *De adoptionibus* (*et emancipationibus* &c.)

que no era pariente suyo por línea recta. La adopcion imitaba á la naturaleza, en cuanto una ficcion puede imitar la realidad (1).

Era una institucion antiquísima en Roma, y no solo influia en el derecho civil, sino en el político y en el religioso. La familia era la base de la sociedad romana, y por conseguir los derechos de familia que tanto valian debieron acoger los romanos al principio con entusiasmo este medio que se los proporcionaba. La perpetuidad del culto privado era tambien otra causa que conspiraba al mismo fin; por último, otras menos nobles se mezclaron despues, é hicieron mas comunes las adopciones en Roma. La adopcion era de dos clases; 1.ª Simple adopcion (*in adoptionem datio*) que consistia en un acto solemne por el que un hombre pasaba del poder paternal de un individuo al de otro. Con respecto á las cosas, cuando pasaban del poder de un sugeto al de otro, se verificaba por dos medios posteriormente introducidos y que guardan con este cierta analogía, á saber: la *mancipacion* (2) y el *injure cessio* (3). Solo podian ser adoptados de este modo los hijos de familia. Pero la ley de las doce tablas no habia establecido ningun medio directo, para que esto se verificase: solo habia dicho *si pater filium*

(1) El que entraba por adopcion en una familia tomaba el nombre de ella al cual añadia el suyo propio modificado con la terminacion *ianus*, v. gr. *Scipio Æmilianus*.

(2) Suet. in Aug. 64. *Cajum et Lucium adoptabit domi per assem et libram emptos à patre Agrippa*. Nada se habla aqui de la *in jure cessio*.

(3) Gell. 5. 19. *Adoptantur autem cum à parente in cujus potestate sunt tertia emancipatione in jure ceduntur, atque ab eo, qui adoptat, apud eum, apud quem legis actio est, vindicantur. Gajus* (26, 10 y sigts.) y Ulp. (8, 3) no hablan en este caso de la emancipacion.

ter venundarit filius á patre liber estó. La venta de los hijos se verificaba solemnemente por medio de la mancipacion ante cinco testigos y el libripende. Vendido la primera vez caia en el *mancipium* del comprador: este le manumitia ante el pretor, con lo cual volvia al poder paterno; segunda vez se verificaba lo mismo; y á la tercera venta, el comprador vendia el hijo á su padre, quien ya sobre él no tenia patria potestad, sino el poder dominical (*mancipium*). En este estado se presentaban al pretor el que queria adoptar, el que iba á ser adoptado, y el que siendo su padre natural se hallaba ya despojado del derecho de tal por las tres ventas precedentes; el primero, tocando al hijo que iba á adoptar con la varita, decia que queria tomarle como hijo, el pretor preguntaba al padre natural si tenia algo que objetar, y no oponiéndose este, declaraba á aquel padre del hijo de cuya adopcion se trataba. Por medio, pues, de estos rodeos y de este litigio simulado se conseguia el objeto propuesto sin contravenir á la ley. La 2.ª clase de adopcion es la *arrogacion*, es decir, un acto por el cual un padre de familias (*pater familias*), que no necesita tutor, consiente en someterse voluntariamente al poder paternal de otro padre de familias, sumision que se autorizaba en la asamblea del pueblo. Solo podian, pues, ser arrogados los hombres *sui juris* no las mugeres, ni los *alieni juris.* Las formalidades con que la arrogacion se verificaba en los comicios eran: 1.º autorizacion de los pontífices, sin duda por la influencia que tenian con los dioses domésticos: despues de protestar el arrogante que el fin que se proponia en su arrogacion no era fraudulento, le preguntaba el magistrado presidente si consentia en adoptar al adrogado, y á este si consentia en serlo por aquel, y si contestaban afirmativamente, dirigia la rogacion al pueblo con estas palabras que nos ha conservado Aul. Gel. *Velitis juveatis Quirites uti Lucius Valerius Lucio Titio tam jure legeque filius sibi siet, quam si ex eo patre matreque familias ejus natus esset, utique eo vitæ necisque in eum potestas siet uti pariendo filio est, hoc ita ut dixi vos, Quirites rogo.*= Entonces votaban los comicios y su decision legitimaba el acto. Los adoptados y arrogados se hacian agnados respecto de la familia del arrogante, pero no cognados de su muger: tomaban su nombre y si eran nobles adquirian la nobleza. No tardó mucho y quizá tuvo ya lugar dentro de la época que examinamos, en quedar reducida á una mera formalidad la obligacion de someter este negocio á los comicios. Con tal que los pontífices no tuviesen que hacer ninguna objecion relativa á las cosas sagradas (*sacras et sacrorum detestatio*) y que un magistrado presidiese el acto, declaraban la adopcion treinta lictores en nombre de las treinta curias, sin que á estas se las hubiese dado conocimiento de ello. Los hijos del que por este medio volvia al poder paterno perdian mucho mas en el cambio que sufrian en este caso, que en el precedente.

Gran cuestion es la de saber si la adopcion era frecuente en Roma. Al emperador Claudio se debe el saber que en su familia no se habia verificado ninguna, familia en verdad, muy antigua, pero tambien una de las mas orgullosas de Roma.

§. 171. 3.º *Otras fuentes del poder paterno.*

Puede tambien contarse entre estas; 1.º El caso en que alguno recibia con el derecho de ciudad la patria potestad sobre los hijos procreados antes de ser ciudadano romano; lo mismo que en cierto modo. 2.º Aquel en que

un hijo de familia que tenia hijos venia, en muriendo su padre, á ser gefe de la suya y adquiria la patria potestad sobre sus hijos.

Finalmente, enumeraremos tambien entre estos casos la recuperacion de este poder, despues que habia sido enagenado de una manera incompleta, y en último lugar, el *postliminium* que concedia al padre ó al hijo la capacidad de ejercer este poder, ó de estar sometido á él. Mucho tiempo transcurrió antes que se adoptase lo que se llamaba *causæ probatio*, ni lo que llamamos *legitimacion.*

§. 172. II. *Manus* (1).

La segunda especie de dependencia es la *manus* propiamente dicha, lo que los modernos llaman *potestas maritalis* y Servio *nexus maritalis*. Solo es aplicable á la muger que *viro in manum convenit*, ó que *in manu est viri*, á quien en este sentido llama Ciceron *mater familias*, y con frecuencia se designa entre los modernos con el nombre de *uxor in manu conventa*. Si el marido está sometido al poder paterno, la nuera cae en la *manus* de su suegro. Gajus refiere espresamente las tres maneras que llevaban á la muger bajo esta dependencia. No hay duda que todas estas maneras fueron conocidas ya de Ciceron y Ulpiano y que se confundieron en los antiguos comentarios á Virgilio, (2), sino en un todo, al menos en cuanto al ór-

(1) Gaji Inst. p. 28, 30. Ulp. 9, De his qui (ó quae) ó in manu sunt.

(2) Las palabras que Pithou cita en Schultnig (p. 790) se encuentran en las Geórgicas (1, 31) y en la Encida (4, 103 y 373).

den de sucesion, relativamente á las otras maneras, segun las que podia una muger *in manum convenire*. Estas maneras son.

1.° El uso (*usus*), ó la posesion matrimonial de la muger durante un año, con autoridad de su tutor y con ánimo de contraer matrimonio. Pues por este medio se hacia la muger esposa del marido y caia en su poder, lo mismo que por la prescripcion entraban las demas cosas en el dominio quiritario. Parece que este medio era una fuente bastante comun de la *manus*, pues esta última tenia lugar, cuando en todo el año que duraba el *usus* no se ausentaba la muger (*usurpatum ire*) de casa del marido por espacio de tres noches consecutivas (*trinoctium*) pues que si esto sucedia el matrimonio quedaba *sine manu conventione*. Se ha cometido grave error en creer que el matrimonio se verificaba por el *usus*, sin que la muger pasase *in manum mariti*. (1)

2.° La confarreacion (*confarreatio*) era un rito antiquísimo, usado ya en el Lacio antes del establecimiento de Roma, que consistia en que la muger por medio de ciertas palabras *conveniebat in manum mariti* ante diez testigos, despues de haber ofrecido un sacrificio solemne y una

(1) Geli 3, 2. Q. *quoque Mucium jurisconsultum dicere solitum legi non esse usurpatam (ó isse usurpatum) mulierem, quæ Kal. Jan. apud virum causa matrimonii esse cœpisset, et ante diem quartum Kal. Jan. sequentis usurpatum isset. Non enim pose impleri trinoctium quod abesse à viro usurpando causa ex XII Tabulis deberet, quoniam tertiæ noctis posteriores sex horæ alterius anni essent, qui inciperet ex kalendis.* Los modernos han despreciado este testo en sus investigaciones sobre el modo de calcular la usucapion hasta que M. Erb. ha hecho conocer su importancia. (*Civilistisches Magazin*, tom. V. pág. 213).

torta llamada *panis farreus*, que se amasaba con sal, agua y flor de harina y de la cual comian los esposos. Estos matrimonios asi consagrados tenian por objeto hacer á los hijos hábiles para el desempeño de ciertas funciones sacerdotales, y quizá sucederia que la formalidad de la confarreacion no la usasen mas que los patricios. Sin embargo, no por esto debe creerse que el uso (*usus*) era el único modo con que los plebeyos celebraban sus matrimonios. El efecto de la confarreacion era el pasar la muger de la potestad del padre á la del marido, respecto de quien estaba considerada como una hija de familia, asi es que en esta época las mugeres tomaban el nombre del marido, lo mismo que sus hijas: los bienes de la muger se hacian del marido, quien los adquiria con el nombre de dote. Competia tambien al marido el derecho de vida y muerte en su muger, cuando era adúltera ó se entregaba á otros vicios. Dion. Hal. II. p. 96. Gelio, II, 23. El matrimonio contraido de esta suerte solo podia disolverse por la *diffarreatio* que era un acto consagrado con un sacrificio por la autoridad del pontífice y acompañado de otras ceremonias que le hacian de tal modo dificil que no se verificó, segun varios autores, divorcio alguno en los primeros cuatro siglos de la fundacion de Roma.

3.° La coempcion (*coemptio*), ó la compra que indudablemente se hacia por la mancipacion, es decir, por medio de la moneda y la libra, y á la cual se refiere tambien el *nexus maritalis* de Servio. Los comentarios á Virgilio afirman que la muger compraba tambien al marido, pero no se apoyan mas que en la interpretacion que dan á las dos primeras letras de la palabra *coemptio*, la cual es tan poco verosímil, como los hechos en que han querido fundar la venta de la muger. Solo durante el curso del segundo período es cuando esta *coempcion* y la palabra *coemptionator* (1), considerada ya como sospechosa antes del descubrimiento del manuscrito de Gajus, han sido aplicadas tambien á otros casos (*alterius rei causa*), es decir, á la tutela. Los efectos de la coempcion, eran los mismos que los de la conferreacion; por ella las mugeres entraban en el poder del marido y se llamaban *matres familias*. Disolvíase el matrimonio contraido de este modo por la remancipacion.

§. 173. *Mancipium*. (2)

Un individuo, romano ó romana, podia tambien caer bajo la dependencia de otro por un tercer modo, es decir, por *mancipium*. El *mancipium* requeria que el individuo fuese vendido solemnemente con las formalidades que daremos á conocer al hablar de la propiedad (Gajus las manifiesta en este lugar) pero siempre de modo que esta venta no la hiciese hijo, ó hija, ó muger del comprador. Ignoramos si era frecuente en Roma esta manera de entrar bajo la dependencia de otro, sobre todo durante la época que examinamos.

§. 174. *Fin de Potestas, Manus y Mancipium*. (3)

Despues de haber hablado de las tres maneras, segun las que se entraba bajo el poder de otro, se ocupan los antiguos del fin de este derecho, aunque á decir verdad, solo

(1) Civilistisches Magazin, tom. IV, p. 399.
(2) Gaji instit. p. 30, 33.
(3) Gaji instit. p. 33.--Ulp. 10. *Qui potestate mancipiove sunt, quæmadmodum ex jure liberentur.*--Instit. 1, 12. *Quibus modis jus potestatis solvitur.*

hablan de los modos por los cuales acaba el poder paterno. Cesa la autoridad sobre los hijos: 1.° Por la muerte del padre; mas los nietos quedan en poder del hijo, si este es *sui juris*; 2.° Por la capitis diminucion (*capitis diminutio*) sufrida por uno de los dos, aunque sin perjuicio á la posibilidad del *postliminium*; 3.° Por la dignidad de Flamen ó de Vestal del hijo ó hija; 4.° Por la venta solemne, seguida de la manumision, actos sucesivos, designados ambos en tiempos posteriores con el nombre colectivo de *emancipacion* (*emancipatio*). Respecto á esta venta, un pasaje de las doce tablas (1) muy conocido, pero que sin embargo presenta aun muchas dificultades, indica que en cuanto al hijo debia renovarse tres veces. Verificábase la emancipacion en presencia del magistrado (*apud quem legis actio erat*) y ante cinco testigos ciudadanos romanos el libripende y el antestado. Ante estos el que hacia de comprador decia, *hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse ajo, isque mihi emptus est hoc ære hac æneaque libra*, dicho esto echaba una moneda de cobre en la balanza y consintiendo el padre natural quedaba consumada aquella venta. En seguida el hijo era solemnemente manumitido por el comprador; repetiase esto mismo segunda vez, y cuando se verificaba la tercera venta, que era la que hacia salir al hijo de la patria potestad, añadia el padre natural estas palabras *ego vero hunc filium meum tibi mancupo ea conditione ut mihi*

(1) El pasage de las doce tablas: *si pater filium ter venumdavit filius á patre liber est*: (el manuscrito dice *est* y no *esto*) referido por Ulpiano (10, 1) no quiere decir que el hijo se haga dueño de si mismo sino solamente que el padre no tiene ningun derecho sobre él. Para llegar á ser *sui juris* necesitaba ademas el hijo ser manumitido.

remancupes ut inter bonos bene agere opportet ne propter te tuamque fidem frauder, este contrato se llamaba *fiducia*, y se interponia en la tercera venta para que el hijo no fuese manumitido por el comprador, pues en este caso seria su patrono y excluiria al padre natural de la herencia. Ultimamente, adquirido asi por el padre le manumitia este *vindictá additis alapis*. Para la emancipacion de las hijas y los nietos bastaba una sola venta. Por lo demas, no debe creerse que fuese esta venta una vana formalidad, lo contrario nos parece demostrado, ya por la marcha natural del derecho, ya por el intérvalo, frecuentemente muy considerable, que trascurria de una á otra enagenacion (1) Vemos claramente que el padre no podia emancipar á su hijo en el instante, y que su derecho no podia ejercitarse hasta despues que le recibia de manos del comprador, lo cual originaba muchas dilaciones, y creaba tambien ciertos derechos de patronato, ya en favor del primer comprador, ya en favor de un tercero, á quien aquel se lo habia vendido, cuando estos le emancipaban (2) Era necesario, ademas, para que no se recurriese á este medio mas bien que á la manumision por vindicta (*vindictá manumittere*), que no tuviera el pa-

(1) En la Leg. Mos. Coll. 16, 2 se habla expresamente del caso en que el hijo *ex prima secundave mancipatione post mortem patris manumittitur. Asi* el pasage de Ulpiano (23, 3) *adgnoscitur suus heres... manumissione, id est, si filius ex prima secundave mancipatione manumisus reversus sit in patris potestatem* no debe entenderse de toda emancipacion.

(2) Es de creer que estos derechos fuesen considerables si se atiende al cuidado que ponia el padre natural y no el adoptivo en manumitir por si mismo á su hijo, y si tenemos en cuenta los recursos que hubo necesidad de concederle en lo sucesivo para disminuir estos derechos cuando era un estraño el que le habia hecho la manumision.

dre ningun derecho de *vindicatio* que pudiese ejercitar en virtud de la sola autoridad paterna. En fin, 5.º cesa el poder paterno por el abandono de los hijos, en reparacion del daño causado por ellos (*noxe datio*), modo de extincion muy posterior á los cuatro primeros.

Por lo demas, la autoridad paterna no cesaba, ni por la edad, ni por el matrimonio, ni por el rango ó dignidad del que estaba sometido á este poder.

Nada se dice del fin de la *manus*. Tampoco habla de él Ulpiano en el título en que anuncia el término del *mancipium*. En un antiguo manuscrito se encuentra el término *diffarreatio* (1).

§. 175. *Relacion de los agnados considerada como consecuencia del poder paterno y de la* MANUS.

La autoridad que se ejerce sobre los hombres libres, esceptuando la que proviene del *mancipium*, produce en muchos casos un efecto que tiene analogía con el patronato, en cuanto que aquella no tiene lugar cuando este falta. Ademas, lo que indica la analogía de que hablamos, es que los romanos no se ocupaban en particular de este efecto, y solo trataban accidentalmente de él al hablar de la tutela (2). No consiste este efecto en una relacion con el individuo que era antes ó *parens ó vir*; sino en la relacion de los agnados entre sí. Debe notarse aquí que ninguno de estos era todavia designado en las doce tablas (3) con el nom-

(1) En Muratori p. 1024, n. 4.
(2) Ulp. 11; 4—Instit. 1, 15. De legitima agnatorum tutelá.
(3) Leg. Mos. Coll. 16, 3. *Consanguineos lex non adprehenderet* (y no *comprehenderet*).

bre particular de *consanguineo*, sin duda, porque entonces los patronos eran llamados *gentiles* en esta ley (§. 168). Esta relacion es la familia en cierto sentido, es decir, el tronco (*stirps*) (1). Agnados eran los que estaban ó bajo el poder paterno, como los hijos, ó *in manus* como la esposa de un individuo (2), mas no es necesario que hayan estado realmente sometidos á su autoridad, pues basta para ello que haya habido posibilidad de estarlo.

Sin embargo, era condicion esencial que la muerte hubiera sido la única causa de no haber estado bajo su poder ó su *manus*. Por lo demas, si el hijo perdia todos los derechos de familia para con sus agnados no era únicamente por la traslacion al poder ó á la manus de otro, es decir, á otra *agnatio*, puesto que no podia nunca ser al mismo tiempo agnado de dos familias diferentes; ni tampoco por la invalidacion del poder ó de la *manus* del hombre que aun

(1) Segun el derecho romano de los siglos posteriores no se dividia la herencia sino por estirpes; pero Cic. en su tratado de Orat. habla de los Marcelos y los Patricios de la familia Claudia los cuales querian heredar al hijo de un manumitido, los unos en virtud de la *stirpe* y los otros por derecho de *gente*; en cuyo pasage emplea Cic. la palabra *stirpe* en el mismo sentido que línea.

(2) La definicion que Ulp. (11 4) da de las palabras: *á patre cognati virilis sexûs per virilem sexum descendentes ejusdem familiæ* está en abierta contradicion con la definicion que Ciceron dá del término *gentiles*. Asi como una muger podia ser *agnada*, así tambien un manumitido y sus descendientes podian ser *gentiles*: pero una *agnada* no podia ejercer el derecho á que se refiere Ulp. al dar su definicion, y un manumitido no gozaba de los derechos concedidos á los *gentiles* por las 12 Tablas. Ni Gajus ni las institutas consideran el sexo masculino como condicion necesaria para adquirir la cualidad de agnado. Sin embargo, es evidente que todos los ejemplos que se refieren hablan de personas del sexo masculino.

vivia, invalidacion que debe ser considerada como una separacion; los perdia solamente por la cesacion del poder paterno, vivo aun el padre; cesacion cuyo fin era que pudiese el hijo gozar inmediatamente de su independencia. Acabamos de decir que perdia todos los derechos de familia para con sus agnados; estos últimos, por reciprocidad, perdian igualmente los suyos para con él; les era completamente indiferente que viniese á ser dueño de sí, viviendo aun el padre ó despues de su muerte, y aun si se quiere considerar esta cesacion como un castigo impuesto al hijo, sufrian tanto con no tener respecto á él derechos de agnacion, como él sufria con no tener ya derechos con relacion á su padre. A la verdad, los patricios como gefes de la casa, no estaban en el mismo caso; ganaban lo que los agnados perdian, de manera que es probable que fuesen ellos los que introdujesen esta doctrina rigurosa.

C. TUTELA Y CURATELA.

§. 176. *Reflexiones generales* (3).

La tercera de las grandes divisiones de las personas entre los romanos es aquella que se refiere á los hombres sometidos á la tutela ó á la curatela, (*tutela et cura* ó *curatio*, mas no *curatela*) y á los que no estan sometidos á ninguno de estos dos poderes: division particular que de manera alguna tiene su lugar en la *capitis diminutio*, aunque precisamente no se ocupen de ella sino al tratar de esta última. La tutela

(3) Gaji Instit. p. 40, 54.--Ulp. 11. De tutelis. 12. De curatoribus.--Instit. 1, 13, 26.--Dig. 26 y 27.

y curatela tienen analogía entre sí, aunque el derecho romano carece de un término comun que comprenda las dos; se circunscriben á la distincion establecida entre los hombres que son *sui juris*, ó que estan *alieno juri subjecti*; esto se prueba porque solo el que ejerce derechos por sí mismo es quien puede de esta manera estar sujeto á otro, y ademas, porque un antiguo jurisconsulto se sirve de la palabra *potestas* (1), hablando de la tutela. Sin embargo, la tutela y la curatela difieren mucho del poder ordinario, pues en estas es únicamente el *ejercicio* de los derechos, y no el mismo derecho del subordinado, lo que se concede al superior. Puede, ademas, en estas haber muchos superiores á la vez, lo que no puede suceder respecto á un hombre libre *alieno juri subjectus*.

§. 177. *Idea de la tutela*.

Lo que caracteriza la tutela es que es el único acto en que puede haber una *autoridad* (*auctoritas*), es decir, aquella declaracion verbal del tutor; *Ego in hanc rem auctor fio*; aunque no tenga lugar en todos los casos; ademas, la tutela es la única que tiene semejanza con la herencia, á pesar de que tratasen los antiguos de una y otra en pasajes diferentes.

Los individuos que estan bajo la tutela son ó los impúberes, sin distincion de sexo, llamados entonces pupilos (*pupilli*), ó las mujeres romanas; algunos autores opinan que estuvieron asimismo sujetas á la tutela estas últimas, puesto que al designarlas especialmente, dicen que se habla tam-

(1) §. 1. Inst. 1, 13. *Est autem tutela, ut Servius definit, vis (ó jus) ac potestas in capite libero* (*Civilistisches Magazin*, Tom. 4, pág, 8).

bien de aquellas que habian pasado de la edad de la pubertad. Este es uno de los puntos menos conocidos del derecho romano. Asi es que Gebaner nada dice de ella en su 26.ª disertacion en la que examina una por una todas las palabras de la definicion que se refiere en el §. 1, Inst. 1, 13. Sin embargo, la opinion mas seguida es que en los tiempos antiguos se conoció en Roma la tutela de las mugeres: eximióse despues de esta sujecion á las Vestales. Lo mismo que la de los menores era testamentaria, que era la que daba el marido á su muger cuando moria. Algunas veces las mujeres tenian la eleccion del tutor, al cual por esta razon podia llamarse *opticium*; otras veces la tutela, como que era un derecho, podia cederse á otra persona, la cual cesaba en la administracion cuando el tutor cedente cesaba en la tutela ó moria: este se llamaba *tutor cessitius*. La *autoridad* tenia igualmente lugar en uno y otro caso mas con la diferencia de que respecto á las mujeres, no era necesaria en ciertos actos muy importantes, mientras que respecto al pupilo correspondia siempre al tutor cuidar de todos sus negocios (*negotia gerere*) hasta que se encontrase en estado de hablar distintamente, es decir, cuando aun era infante (*infans*), lo cual no se verificó nunca relativamente á una mujer romana que no era impuber.

§. 178. *Origen de la tutela* (1).

No solo es importante indagar el origen de la tutela, para conocer lo que es el tutor, sino tambien porque él in-

(1) Instit. 1, 14. *Qui testamento tutores dari possunt.*--15. *De legitima agnatorum tutelâ.*--17. *De legitima patronorum tutelâ.*--18. *De legitima parentum tutelâ.*--19. *De fiduciaria tutelâ.*

dica las relaciones que entre si tienen los tutores y cuando son muchos las diferentes maneras de arreglar estas relaciones.

Se adquiere la tutela.

1.° Por el testamento de aquel bajo cuya patria potestad ó bajo cuya *manus* se hallaba hasta entonces la persona que tenia necesidad de que se la defendiese (*testamento datus tutor*, *testamentarius ó dativus tutor*), de consiguiente por un acto hecho ante el pueblo, en los comicios, ó antes de marchar al ejército (1). Si eran muchos los tutores nombrados solo se requeria la aceptacion de uno de ellos. Cada cual podia abdicar (*abdicare*). Puede decirse, pues, que bajo estas dos relaciones, el tutor designado por el testamento tenia alguna analogia con un magistrado nombrado per el pueblo.

2.° Por efecto de una de las relaciones que existian en todas partes entre los hombres, y que en la época de que hablamos, eran aplicadas en las doce tablas á la tutela, bien directamente, bien por la analogía con lo que sucedia en la herencia (*legitima tutela*) á saber: I. La agnacion (2) La ley de las doce tablas, al dar la tutela á los agnados, no deferia evidentemente mas que la tutela de los *ingenuos*; porque el esclavo, como no tenia familia, no tenia agnados en el momento de la manumision: sin embargo, como la tutela se equipaba á la herencia, y la herencia de un liberto intestado pertenecia al patrono, ó á sus hijos, asi como la de un ingenuo á su próximo agnado, de aqui dedujeron los ju-

(1) En las doce tablas se habla de la tutela en la disposicion *uti legassit*.

(2) Ulpiano dice (11, 3) que esta era la única de que se hablaba en las doce tablas y que la de los patronos solo se admitió

risconsultos que debia obtener la tutela del liberto *el patrono*, por consiguiente: II. El patronato: III. El derecho que se conservaba sobre el manumitido, despues que habia salido de la autoridad paterna (*per similitudinem patroni*), para cuyo caso emplean los autores el término de *fiduciarius tutor* (1): IV. En fin, verosimilmente la *gentilitas* (2). Si existian muchos de estos tutores á la vez, bastaba que aceptase uno de ellos. Cada cual podia trasmitir al otro su derecho por medio de *in jure cessio*. Se ignora el motivo que hubo para restringir despues esta especie de tutela al único

per consequentiam. Por lo tanto la restitucion que Godofredo coloca en la 5.ª tabla (*si pater familias intestato moritur cui impubes suus heres escit agnatus proximus tutelam nancitor*), es falsa puesto que habia tambien otra tutela de la misma naturaleza que se ejercia sobre la mujer romana. Con este motivo trata Ulpiano de la agnacion lo mismo que se hace en las Institutas. Pero nada dice de la proximidad de grado de que las Pandectas hablan espresamente. Antes del hermano mismo coloca al tio quizá porque cuando el impuber tenia un hermano frecuentemente ocurria el caso de determinar quien de los dos debia ser tutor. Por lo demas Gajus (página 43), Ulp. (11, 10, 13), y las Institutas intercalan aqui todo lo relativo á la capitis diminucion, materia de que se ha abusado demasiado cuando se ha querido determinar la idea que los Romanos daban á la palabra *status*.

(1) Ulpiano emplea este nombre (11, 5) el cual no se da en las Institutas sino á los hijos de aquel que por si mismo ha manumitido ó su hijo ó á su hija (*Civilistisches Magazin*, t. 6, página 399). Debemos añadir tambien que segun Gajus (p. 47), muchos jurisconsultos pensaban que la tutela fiduciaria no era susceptible de cederse; pero el mismo declara que la tutela del padre no se halla en este caso por ser legítima.

(2) Esta suposicion se funda en la analogía que existe entre la tutela, la curatela y la herencia. Cierto es que la autoridad de todos los miembros de la casa principal se debia tardar mucho tiempo en adquirir; pero la administracion se tenia por todos ellos en la curatela pudiendo muy bien librarse de la tutela por medio de la *in jure cessio*.

caso en que se tratase de ejercerla sobre una mujer romana.

3.° Por nombramiento del magistrado. En verdad que esta especie de tutela fue determinada con mas precision por los plebíscitos en el período siguiente, pero no es menos cierto que no fue solamente en esta última época cuando se pensó en introducirla, pues para admitir esta hipótesis era necesario admitir tambien que durante los primeros siglos de Roma, no faltaron nunca gentiles que ejerciesen la tutela, ó bien que se otorgaba la tutela de aquel, que no tenia tutor, al primero que lo solicitaba. Bajo la relacion de su origen tiene tambien esta tutela analogía con la herencia legítima. Por lo demas, bástenos añadir que en los dos primeros modos que dan nacimiento á la tutela, no era necesaria la intervencion de la autoridad.

§. 179. *Fin de la tutela* (1).

La tutela concluye:

1.° Por la muerte de una de las partes; sin embargo, sucedia muchas veces que los hijos del tutor legítimo, que acababa de morir, ocupaban el lugar de su padre.

2.° Por la *capitis diminutio* máxima y media de una de las partes (2).

(1) Instit. 1, 22. *Quibus modis tutela finitur*.—26. *De suspectis tutoribus vel curatoribus*.

(2) El origen de la capitis diminucion provino del censo: sabido es que Servio Tulio dividió todo el pueblo romano en seis clases y ciento noventa y tres centurias, para cuya division tomó por base la riqueza de los ciudadanos. Todos los que se hallaban en las tablas censuales se llamaban *capite censi*; los que en ellas no se hallaban inscriptos, v. g., los siervos, los forasteros (*peregrini*) y los hijos de familias, se llamaban *capite distituti*. Cuando alguno

3.° Por la *capitis diminutio* mínima del tutor legítimo ó del dativo concluia tambien la tutela; con todo, en este caso solo puede haber aun una *in manus conventio*, puesto que es imposible que una persona impuber, ó que una mujer quede en completa libertad.

4.° Por la pubertad del pupilo, si es varon; lo que dependia únicamente del desarrollo mas ó menos rápido del individuo, desarrollo en cuya razon toma la toga viril.

5.° Por abdicacion, cuando esta tenia lugar; ó por cesacion en caso que se permitiese.

6.° En fin, por remocion del tutor. Cualquier romano podia exigir que se removiese á un tutor, con tal que ale-

---

que se hallaba inscripto en ellas perdia la cualidad que para ello era necesaria, se decia que sufria capitis diminucion, la cual era máxima media ó mínima, segun la mutacion que esperimentaba el sujeto que la sufria, pues cada una correspondia á la pérdida de ciertos derechos. El que no solo perdia los derechos de ciudad, sino tambien los de libertad sufria la máxima, y estos eran los que habian omitido inscribir sus nombres en el libro del censor ó rehusaban tomar las armas (*qui censum vel militiam subterfugerant*), los que eran hechos prisioneros por los enemigos, los siervos de la pena y otros muchos.

La capitis diminucion media era aquella por la cual se perdian los derechos de ciudad, mas no los de libertad. Los que la sufrian eran reducidos á la clase de estrangeros; tales eran los desterrados; los que se hacian inscribir en otra ciudad, porque ninguno podia gozar los derechos de ciudad en dos poblaciones distintas.

La mínima capitis diminucion quitaba solo los derechos de agnacion y de familia. Esto sucedia por disminuir el capital que habia servido para colocar á un individuo en el censo, y tambien por medio de la *in manum conventio* y por la adopcion. Algunos autores pretenden que tambien habia capitis diminucion en la emancipacion, á causa de las tres ventas ficticias que se hacian del hijo suponiendo que estas le reducian á la clase de siervo, pero nosotros, siguiendo en esto á Paulo, creemos que en semejante caso no tenia lugar.

gase al propio tiempo motivos suficientes para ser tenido como sospechoso (*suspecti crimen*, *suspectus tutor*).

§. 180. *Cura* (1).

Durante este período se daban ya curadores á los furiosos (*furiosi*) y probablemente tambien á los locos, esto último no consta con certeza: pero lo que si es seguro es que se las daban á los pródigos (*prodigus cui bonis interdictum est*). La union puramente accidental establecida en las doce tablas, entre estos diferentes casos, fue sin duda la única y esclusiva causa de que al principio no se llamasen *pródigos*, sino á los que habian heredado á su padre sin testamento (2). Asi parece indicarlo la fórmula de *interdictio*, la cual se hallaba concebida en estos términos, segun nos refiere Paullo. *Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis ob eam rem tibi ea re commercioque interdico.* (Hei. A. 202). Sin embargo se aplicaba á los manumitidos y á los individuos que habian heredado á su padre por testamento. En esta época todavia no se hace mencion de la edad hasta la cual dura la curatela; despues se determinó la de veinte y cinco años (*minor ó major XXV annis.*)

El curador podia serlo, por efecto de la agnacion, de

---

(1) Ulp. 12. De curatoribus.--Instit. 1, 23. De curatoribus.

(2) El pasage de las doce tablas tal como se lee hoy no explica el por qué Ulpiano distingue solo respecto del pródigo si la herencia se transmitia *ab intestato* al mismo tiempo que calla sobre esto al hablar del furioso. Lo único que nosotros sabemos es que en estas doce tablas se decia: *Si furiosus esse incipit*, porque Ciceron cita estas palabras (*Tusc. Qu.* 3, 5). y tambien por las *Epistolæ ad Herenn*, y por Horacio que los agnados y los gentiles eran nombrados en este caso.

la gentilidad, ó tambien por mandato del magistrado, pero de ningun modo por testamento.

La conclusion de la curatela se rige casi enteramente por los mismos principios que la de la tutela.

SEGUNDA SECCION.

DE LAS COSAS (1).

§. 181. *De las cosas in commercio y de las que no lo estan.*

Profundo es el silencio que guardan las doce tablas acerca de si una cosa es apta para llegar á ser propiedad de un particular (*in commercio*) ó si no lo es (*extra commercium*). Sin embargo, esta cuestion debió ya presentarse, y ciertamente que se hubiera podido resolver lo mismo que se hizo despues, sin tener en cuenta los cambios que pudieran realizarse en el porvenir. Importa notar con este motivo, que un hombre libre no era considerado como *cosa* aunque cayese en la esclavitud. Ademas habia otras cosas esceptuadas, porque pertenecian al derecho divino (*divini juris*), tales son: 1.° Las cosas sagradas, es decir, las consagradas pública y solemnemente por la autoridad de los pontífices y augures, como los templos y altares que se dedicaban á los Dioses mayores: 2.° Las cosas religiosas (2), teníanse por

(1) Gaji Instit. p. 55, 151, y en la de los visigodos, 2, 1, *De rebus*.--Ulp. 19. *De dominiis et adquisitionibus rerum*.--Instit. 2, 1. *De rerum divisione* (con la adicion de las palabras *et adquirendo ipsarum dominio* ó de estas, *et qualitate*).--Dig. 1, 8. *De rerum divisione et qualitate*.

(2) La raiz de la palabra *religio* es segun Hugo la misma que la de la palabra *obligatio*.

religiosos los terrenos destinados para enterrar á los hombres y aun á los esclavos, al menos en el sentido de no poder destinarse á ningun otro uso despues de este: se creia que estos sitios los ocupaba la religion pues se dedicaban á los Dioses manes ó inferiores, y no solo se hacia religioso el terreno que ocupaba el cadáver sino cierto espacio inmediato, el cual en las fachadas era de 10 pies, y en el campo de 20 alrededor del sepúlcro; 3.° En fin, hasta cierto punto las cosas santas, es decir, aquellas cosas que por razones particulares eran inviolables como los muros y las puertas de la ciudad, las cuales se hacian *Divini juris ut diligentius urbi religione quam menibus cingeretur.* Respecto á las otras cosas (*res humani juris*) hay de ellas algunas que no pertenecen á ningun particular (*res publicæ*, en el sentido mas lato de la palabra) bien porque ningun hombre, y aun á veces por causas físicas, pueda impedir á los otros el que se sirvan de ellas, v. gr. el aire, el agua, &c. (*communia omnium sunt*), bien porque atendido su destino, y no por un efecto del acaso, pertenecian á todo el pueblo romano (*res publicæ*, en la acepcion estricta de la palabra), bien en fin, caso que al menos se presenta poco despues (§. 164) porque pertenecian á una corporacion (*universitatis sunt*). No se sospechaba todavia que fuese posible que estas cosas dejasen para siempre de ser susceptibles de pertenecer á los particulares.

Las *posesiones*, que eran las porciones de terreno que en las conquistas se daban á los veteranos, á los ciudadanos pobres, ó se dejaban á los vencidos para que las cultivasen, estos fundos y los provinciales no podian estar en la propiedad de nadie, no se podia en ellos tener el *legitimum dominium*, y sí solo un simple *usus* ó una *possesio*.

§. 182. *Cosas corporales, muebles é inmuebles* (1).

Todas las demas cosas no comprendidas en las anteriores, si no son de propiedad particular, son al menos susceptibles de estar en ella. Estas cosas pueden dividirse en corporales é incorporales. Muchos jurisconsultos romanos sectarios de la filosofía stoica hacian de las cosas esta distincion, designando por las primeras las que tienen cuerpo, es decir, que real y efectivamente existen en el mundo físico, y de cuya existencia podemos cerciorarnos por medio de los sentidos; y por incorporales, aquellas cuya existencia se comprende por la inteligencia, pero no se palpa por los sentidos externos. Cic. Topc. c. 5. *Definitionum duo sunt genera prima, unum earum rerum quæ sunt, alterum earum rerum quæ inteliguntur. Esse eo dico quæ cerni tangive possunt ut fundum, ædes, parietem, stilicidium, mancipium, pecudem, supellectilem, penus, cætera. Non esse rursus ea dico quæ tangi demostrarive non possunt ut si usucapionem, si tutelam, si gentem, si agnationem definas quarum rerum nullum subest quasi corpus; est tamen quædam conformatio insignita et impresa inteligentia quam notionem voco.* Sin embargo, esta division que posteriormente ha llegado á ser de uso comun, es mas exacta en tesis general que en el caso particular de que se trata, pues aqui se consideran las cosas en contraposicion á las personas y á las obligaciones. El derecho romano difiere mucho de los otros con relacion á las cosas corporales, pues no establece casi ninguna diferencia entre las inmuebles y las muebles. La palabra *fundus* es la única que en las doce tablas hace re-

(1) Instit. 2. 2. *De rebus corporalibus.*

lacion á las cosas inmuebles. No se encuentra en ellas la palabra *prædium*, la cual se refiere mas especialmente á los contratos y á las seguridades que debian darse en semejante caso. Guardan un profundo silencio sobre las cosas muebles.

§. 183. *Cosas incorporales. Servidumbres.*

Entre las cosas que se dicen incorporales se comprenden todos los derechos incorporales, tales como los contratos y las obligaciones; compréndese ademas, la propiedad de una cosa corporal cualquiera, y finalmente todos los derechos que pueden tenerse sobre una cosa, de los cuales hablaremos despues. Ahora solo trataremos de lo que concierne á los derechos sobre las cosas poseidas por otro, á los derechos llamados *jura in re*, ó simplemente *jura*. Cuando se habla de cosas incorporales el término servidumbre, (*servitus*), se refiere á la primera diferencia admitida entre los hombres mismos, y el de deuda (*deberi*) á la obligacion (*obligari*). Pero la existencia de semejantes derechos en esta época es muy dudosa por lo que mira al usufruto (*usu et fructus*) y aun respecto á las servidumbres reales (*jura prædiorum*). En estas la palabra *prædium* anuncia ya un derecho mas moderno, aunque por una parte el origen menos antiguo de estos derechos, respecto al usufructo, haya quizá tambien influido sobre el lugar respectivo que ocupan ambas doctrinas en las Instituciones, y por otra parte que todavia no se esté perfectamente de acuerdo, en lo que toca á la via (*via*) sobre la anchura que la señalaban las doce tablas (1).

(1) Varron (de L. L. 6, 2) dice solo: *leges juvent (viam) in directo peduum octo esse in infracto sexdecim.* Gajus invoca ex-

§. 184. *Consideraciones políticas sobre la propiedad territorial en Roma.*

Que los campos de que se componia Roma en sus primitivos tiempos fueran divididos entre sus habitantes es un hecho confesado por todos los historiadores; ignórase sin embargo como se hizo esta division. Montesquieu dice que la division se hizo con igualdad para con todos los ciudadanos. Niebhur por el contrario afirma que esta reparticion se hizo solo entre los patricios. Si esta última opinion no es mas verosimil, lo que no puede dudarse es que la propiedad territorial se concentró muy pronto toda en manos de la aristocracia, la cual como que tenia la alta administracion de los negocios públicos fue usurpando tambien poco á poco los bienes que formaban el patrimonio del Estado (*Ager publicus*), ya comprándolos á un ínfimo precio, ya despojando á los pobres que los ocupaban, y sustituyéndose en su lugar; sin embargo, este era un abuso de los patricios, abuso de que todas las naciones presentan frecuentes ejemplos, pero que no se consagró en ninguna disposicion legislativa.

La tierra estaba dividida entre los romanos en dos grandes porciones. El *Ager públicus* y el *Ager privatus*. El primero era propiedad del Estado, solo el Estado podia disponer de él, lo que hacia por medio de una ley, ya para venderle, ya para hacer alguna donacion gratuita, ya para arrendarle. El segundo era el territorio que estaba en el comercio de los ciudadanos romanos, de los municipios, &c., era la propiedad privada en toda la estension legal y política de esta palabra: formaban el *Ager publicus* la porcion de tierras que se conquistaban y no se habian dado á los soldados veteranos, á la gente pobre de Roma (*plebs inops*), ó á los mismos vencidos por medio de una capitulacion, es decir, el territorio de aquellos pueblos á quienes se sujetaba por la fuerza de las armas y á quienes se trataba con el mayor rigor; A estos se les confiscaban completamente todos los bienes y todas sus tierras se hacian *Ager publicus*. Cuando el terreno se repartia entre los soldados veteranos, ó entre la gente pobre, ó se les dejaba á los vencidos, se les exijia una renta anual bien en dinero, bien en frutos. Los detentadores del *Ager* no tenian otro título legal que la ocupacion de hecho, puesto que la propiedad estaba reservada al Estado ó al pueblo y era innenagenable é imprescriptible, pues contra el Estado no se daba prescripcion. Eran, pues, simples detentadores y por consiguiente solo tenian un derecho precario; no eran verdaderos propietarios, sin embargo su posicion legal incierta y alarmante continuó cual era á causa de la política del senado, que con su silencio calmaba la inquietud en que de otro modo viviria la plebe.

presamente la autoridad de las doce tablas para determinar esta anchura que en muchos parages se califica con el epiteto de *legitima*. Pero es verosimil que el pasage á que alude se refiriese á otra clase de caminos: asi como en otro que se habla del derecho de conducir las bestias de carga por las heredades vecinas se refiere á las épocas en que los caminos estan intransitables.

En todos los paises el goce de hecho de una cosa supone el derecho de donde aquel hecho dimana. En Roma el estricto derecho ateniéndose solo al rigor de las fórmulas solemnes ahogaba todas las presunciones que dimanaban del hecho de la posesion. El derecho de propiedad alli solo podia adquirirse por los modos solemnes establecidos, y en los cuales intervenia la autoridad pública. Consecuencia de esto era que solo podian tener derecho de propiedad los ciu-

dadanos romanos, pues los *peregrini* no podian usar de aquellos modos solemnes, únicos que conferian este derecho. Atestiguan esto mismo las siguientes palabras que se leen en el manuscrito de Gajus, hallado en Verona en 1816. *Aut enim ex jure Quiritium unusquisque dominus erat aut non intelligebatur dominus.* Sin embargo, el derecho pretorio que templaba y corregia el rigor escesivo del civil, tomó á su cargo el hacer respetar el simple hecho de la posesion, cuando se manifestaba por un hecho positivo que hacia presumir un derecho, y con mayor razon lo hizo en este caso en que el Estado solo era el propietario. Entonces se empleó una palabra nueva para indicar la condicion de estos detentadores del *Ager publicus* y se les llamó *possessores*; y á los campos que poseian de aquella suerte *possessiones*, á diferencia de los que eran objeto de un derecho de propiedad civil y perfecta que continuaron llamándose *prædia*, *agri*, *fundi*. *Possessor* fue, pues, sinónimo de detentador del *Ager publicus*. Establecido ya este decrecho de posesion á semejanza del derecho de propiedad y designada la condicion civil de las personas y de las tierras que se poseian de aquel modo, el derecho pretorio mas tolerante y equitativo regló las transmisiones y aseguró el goce de este nuevo derecho: desde entonces la posesion fue como la propiedad susceptible de heredarse, de venderse, de donarse, de darse en dote, &c.

§. 185. *Propiedad romana propiamente hablando.*

Con relacion á esta doctrina de la propiedad, han empleado los romanos la fórmula, *ex jure quiritium*, fórmula, á la verdad no consignada en las doce tablas, y que Gajus y Ulpiano emplean abreviada *ex jur. qu.* (*meum* ó *alicujus* ó

habere) como no formando mas que una sola palabra. Posible es que los romanos uniesen tambien á esta doctrina el término *mancipium*, usado para significar el derecho (1), y el de *dominus*, en el mismo sentido que le hemos dado anteriormente (§. 166) diciendo para mejor especificar la materia *dominus legitimus* (2), ó como se espresaba en el tercer período *dominium*, ó en fin como se lee en Teófilo εννομος δεσποτεια ó δεσποτεια *jure quiritario*, locucion conforme á la cual han introducido los modernos la de derecho quirititario (3). Del caracter general de esta propiedad podemos juzgar por la fórmula (*hunc*) *ex jure Quiritium meum esse ajo*, porque consistia aquel principalmente en la posibilidad de reivindicar la propiedad de manos de cualquier poseedor, aun de buena fe, sin estar obligado el propietario á darle ninguna indemnizacion. Los romanos reconocieron mejor que los modernos, que este derecho no existe en todas las naciones. La propiedad *ex jure Quiritium* tenia ademas una importancia muy particular relativamente á los esclavos (4), porque era condicion necesaria la propiedad sobre el esclavo para que la manumision produjera todo su efecto, asi como continuaba en ella el señor mucho

---

(1) *Mancipium* es como *obligatio* una de aquellas palabras que designan á la vez un suceso y las consecuencias que trae consigo, es decir, el derecho incorporal que de él resulta.

(2) Varr. de R. R. 2. 10. núm.º 4. *Dominum legitimun sex fere res perficiunt.....*

(3) Esta espresion es á la verdad corta é inequívoca, pero está sacada del latin que usaban los Griegos en el siglo 6.º los cuales la introdugeron en una doctrina tan poco usada entonces como en nuestros dias. ¿No seria mejor decir *propiedad romana* sino se querian conservar las palabras latinas sin alterarlas?

(4) Vide la nota 2.ª de este párrafo. Varron jamas habla del *dominus legitimus* sino cuando se refiere á un esclavo.

tiempo despues de la manumision, cuando esta no se habia verificado de una manera completa. Esta es la causa de que á la vez se encuentren reunidos los vestigios mas antiguos con los mas modernos de esta doctrina con ocasion de la esclavitud, y que en el intérvalo de dos épocas sea este ejemplo el que casi siempre se cite por Ulpiano. Por lo demas, la palabra *dominus legitimus* parece se refiere á las doce tablas, mientras que no se habla todavia durante el período segundo de lo que Gajus y Ulpiano afirman ser lo contrario, es decir, la cosa poseida (*in bonis*) por alguno. Nosotros indicaremos, sin embargo, algo sobre este punto. En los primeros tiempos no habia en Roma mas que una clase de derecho de propiedad, á saber; el que dimanaba del derecho político: *Aut enim ex jure quiritium unusquisque dominus erat aut non intelligebatur dominus.* Solo el derecho quiritario, este derecho que se adquiria por los ciudadanos romanos y que exigia ciertos modos solemnes, era el único que producia accion civil. Despues se introdujo un derecho de propiedad inferior, que lejos de excluir el anterior podian coexistir ambos á un tiempo mismo, asi es que una persona podia tener en un fundo el dominio quiritario y otra estarle poseyendo legítimamente á título de *in bonis*. Gajus nos da á conocer perfectamente la diferencia que habia entre estas dos clases de derechos de propiedad. *Si tibi* (dice Instit. 11, §. 41) *rem mancipi neque mancipavero neque in jure cessero sed tantum tradidero in bonis tuis ea res efficietur, ex jure quiritium verò mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias; semel enim impletà usucapione proinde pleno jure incipit, id est et in bonis et ex jure quiritium tua res esse ac si ea* (*tibi*) *mancipata vel in jure cessa* (*esset*).

Los jurisconsultos contemporáneos á Justiniano no hacen ya mencion de esta importante doctrina cuando hablan

de las cosas, y el mismo emperador ha puesto gran cuidado en hacer que desaparezcan los últimos vestigios, apenas perceptibles, que se habian conservado en la manumision, lo que ha hecho que los modernos hayan contraido el hábito de despreciarla completamente.

§. 186. *En que caso tiene lugar el dominio quiritario ó la propiedad romana.*

Con respecto á las personas el uso del dominio quiritario solo era permitido á los romanos y á aquellos á quienes por concesion especial se permitió este derecho (*sí commercium eis datum est*) (1). Con respecto á las cosas hay que notar que lo que no estaba *in commercium* (§.181) no podia entrar á ser propiedad romana; asi era que las cosas *divini juris* no podian enagenarse ni emplearse en usos profanos. Por el contrario, la diferencia admitida entre la *res mancipi* y la *res non mancipi*, que por tanto tiempo y tan equivocadamente se consideró como una circunstancia que llevaba á probar que la primera clase de cosas era la única susceptible de caer *in mancipium*, esta diferencia decimos, tiene una significacion enteramente opuesta. Ademas, segun todas las apariencias, su introduccion debió ser muy posterior. El objeto principal de esta diferencia es el modo de adquisicion, y este modo, siguiendo una division generalmente admitida aun

(1) Ulp. 19, 4..... *Mancipatio locum habet inter cives Romanos eosque peregrinos quibus commercium datum est.* No podemos creer que estos estrangeros de que habla Ulpiano no adquiriesen entonces la propiedad romana.

en las mismas Instituciones, aunque en este libro, como en la obra de Gajus, no ejerce ninguna influencia en lo sucesivo, debe ser romano (1). No estan acordes los autores acerca de esta distincion de las cosas en *res mancipi* y *non mancipi*. Unos dicen quo no constituia una division real en las cosas mismas, sino en el modo de adquirirlas; pues que para la traslacion de unas era necesario la solemnidad de la mancipacion, de tal modo que faltando esta solo estaba *in bonis* al paso que otras no podian nunca adquirirse con dicho solemne rito, y bastaba la tradicion para tener en ellas el dominio quiritario, como sucedia con los fundos provinciales. Haub. En este sentido se dice que las cosas incorporales eran *nec mancipi*, y solo se esceptuaban algunas servidumbres rústicas. Cajus, Inst. lib. 2. p. 17. Otros dicen que el fundamento de esta distincion era el precio mismo de las cosas, entre las que las mas preciosas, como fundos, siervos, &c., se transmitian solemnemente y por lo mismo se llamaban *mancipi*, y otras no, y eran *nec mancipi*. Hein. Otros, en fin, dicen, que las cosas que servian para lá agricultura eran *mancipi*. Schinlling. Justiniano llama á este modo de adquirir *civilis adquisitio*, espresiones que sin embargo no son técnicas, ó *modus adquirendi civilis* en latin moderno, y no simplemente *natural* (*jus gentium*). Sin embargo, no se habla alli sino del caso en que se trata de la adquisicion de una cosa sola y separada, (*singularum rerum adquisitio*) llamada comunmente *adquisitio singularis*, y no cuando se trata de la transmision de una masa de un conjunto de derechos (*per universitatem adquisitio*) (1).

(1) El Fr. 25 pr. D. 6, 1, dice terminantemente. *In rem actio competit ei qui aut jure gentium aut jure civili dominium adquisivit.* Por Gajus sabemos que en su tiempo habia una manera natural de adquirir (la tradicion *traditio*) que producia la propiedad romana.

§. 187. *Maneras naturales de adquirir* (2).

Dificil es determinar cual de estas dos maneras de adquirir debe esponerse la primera, porque el tratado de Gajus modificado por el código de los Wisigodos no nos presenta ninguna duda sobre el particular, y el Gajus verdadero da la preferencia á la manera que produce la propiedad romana, mientras que las instituciones de Justiniano observan un órden inverso. Los jurisconsultos que han redactado este último código esplican su sistema sobre el particular, diciendo que han debido ocuparse en primer lugar de los modos naturales de adquirir la propiedad, porque el derecho que se guarda en todos los pueblos es mas antiguo que el que es peculiar de los romanos. Puede alegarse tambien en su favor que las maneras naturales de adquirir comprenden todas las que no suponen aun la propiedad de otro, es decir, las maneras primitivas (*modi adquirendi originarii*), mientras que las maneras romanas son las que llamamos modos derivados ó secundarios de adquisicion, y en el mayor nú-

(1) Las Institutas y Teófilo no dividen de esta manera (2, 1, §. 11), sino las adquisiciones de cosas aisladas aunque no se hallan las palabras *singulæ res* quizá porque estan las de *singulorum hominum*. Por otra parte el mismo Teófilo (2, 9, §. 6), no habla de la distincion entre la propiedad romana en el artículo de las adquisiciones *per universitatem*. Gajus (p. 69, línea 3), no trata de esta diferencia sino al ocuparse de la usucapion, es decir, despues de haber agotado todo lo relativo á la enagenacion.

(2) Gaji Instit. p. 69, 73.--Instit. 2, 1. *De rerum divisione et adquirendo ipsarum dominio*.--Dig. 41, 1. *De adquirendo rerum dominio*.

mero de casos son enagenaciones propiamente tales. Hay tambien una entre las maneras de adquirir, segun el derecho romano, que supone el cumplimiento de otra, bien natural, bien romana; pero que en este caso adolece de algun vicio. Por otra parte, las maneras naturales de adquirir, son, en verdad, mucho menos importantes y por eso quizá las omitió Ulpiano. Tambien es probable que por el mismo principio haya dejado de hablar de las relaciones naturales de la familia en la primera parte, y de las obligaciones naturales en la tercera.

§. 188. *Incertidumbre y vaguedad de todo lo que puede decirse sobre la materia.*

Es imposible desenvolver una doctrina de la propiedad natural que esté determinada de una manera tan invariable, y establecida tan rigurosamente sobre espresiones técnicas, como la de la propiedad romana. Vemos en efecto, segun Gajus, segun las Instituciones, y aun lo que es mas admirable, segun Theófilo (lo que seria menos sorprendente de parte de este autor, si se ocupase de la especie de propiedad qué no era propiamente hablando romana) vemos, repetimos, que los jurisconsultos reunen por decirlo asi casualmente los diferentes modos de adquisicion natural unos despues de otros, sin ordenarlos bajo determinado número de espresiones técnicas recibidas y adoptadas, semejantes, en fin, á las seis que ha llegado á indicar el autor de la *Summa novellarum*. Nosotros haremos mencion de tres, á saber; ocupacion, accesion y tradiccion.

§. 189. *Ocupacion.*

La ocupacion, es decir, la aprehension de las cosas que no tienen dueño (llamada por los modernos simplemente *ocupatio*, sin añadirla nada) testifica en primer lugar, respecto á la caza, el gusto decidido del pueblo romano por la agricultura (§. 27), y en segundo, respecto á lo que se encuentra en la tierra (*thesaurus* que se llamó despues) cuan raro era que el derecho civil fuese restringido y limitado por el derecho público. La herencia era considerada tambien como una cosa sin dueño, mientras que el heredero no habia tomado posesion de ella. El conocimiento positivo de esta última particularidad lo tenemos desde el descubrimiento del manuscrito auténtico de Gajus; sin embargo, estaba indicado en el compendio que se hizo de este libro en tiempo de los Wisigodos (1). Ademas se adquieren por la ocupacion las personas y cosas de los enemigos, porque era uso admitido no guardar ninguna especie de respeto á los derechos de aquellos que no estaban en relaciones amistosas con el pueblo romano. Posteriormente se creyó como condicion esencial para que se verificase este modo de adquisicion, el haber sido llevado el objeto aprehendido al seno de los atrincheramientos ó fortificaciones (2) (*præsidia*; que no son precisamente plazas fuertes), aunque solo se expresa dicha circunstancia al hablar de la persona de un romano, y no cuando se trata de lo que le pertenece. Respecto al *postlimismo*, llamado tambien *jus postlimimis* cita Festus, al hablar de esta palabra, el principio

---

(1) 2, 1. Al fie. *Sed et rer hereditariœ, anteguam alignis hæres existat..... in nullius bonis esse videntur.*

(2) Fr. 5. §. 1. D. 49, 15.

siguiente, segun Ælius Gallus: *quæ genera rerum ab hostibus ad nos postliminia redeunt eadem genera rerum nobis ad hostes redire possunt*; y llama esclavos (*servi*) los caballos, los mulos, los navios, como los llama tambien Ciceron (1).

§. 190. *Accesion, Frutos.*

Cuando se trataba de determinar la propiedad de los frutos, no se consideraba ya respecto á ellos, como respecto á las demas cosas, el sitio donde se encontraban, sino á quien pertenecia la propiedad del árbol que los producia. No era, pues, permitido recogerlos y apoderarse de ellos (2). Algunas veces, sin embargo, el vecino no estaba obligado á sufrir que un árbol le estorbase. Podia exigir tambien que el propietario hiciere demoler el edificio que hacia sombra á su terreno, ó cortar las ramas mas gruesas de sus árboles (3).

---

(1) Top. 8.

(2) Plin. H. M. 16, 5. *Cautum est in lege XII. Tàbb. ut glandem infundum alienum procedentem liceret coligere.*.

(3) Las palabras del Fr. 1. §. 8. D. 45, 27. *Quod ait pretor et lex XII. Talb. efficere voluit ut XV pedes altius rami arboris circuncidantur* y §. 9: *usque ad XV pedes à terra coerceri* se interpretan de dos distintas maneras: ó bien se comprende por ellas las ramas mas bajas por la espresion à *terra* (que debe aplicarse tambien en la otra explicacion porque los árboles tales como los castaños, avellanos no dañan en ciertos parages el terreno cercano como sucede en las viñas ó bien se toma por las ramas mas elevadas por el término *altius*, pues que de otro modo no subiendo muchos árboles á mayor altura de 15 pies si se adoptaba la 1.ª explicacion era preciso cortarlos todos enteramente. Es pues preferible esta ultima interpretacion. Este pasage se atribuye á la tabla octava.

La union de la cosa de uno con la de otra persona, ó con lo que se consideraba como una cosa, no estaba sujeta á ninguna regla; con todo nadie podia ejercitar su derecho de propiedad sobre lo que aun estaba unido ó fijo al edificio ó á la viña de otro.

§. 191. *Tradicion.*

Entre las maneras naturales de adquirir la propiedad, ninguna es mas notable, ni ha dado lugar á tan falsas interpretaciones, como la tradicion. Aunque se sepa muy bien por Gajus y Ulpiano, que segun la misma naturaleza de la cosa que se transmitia, la tradicion daba, ya la propiedad romana, ya la propiedad natural, sin embargo, es dificil determinar lo que este medio de adquisicion era en tiempo de los decenviros. Las instituciones nos enseñan que estas leyes contenian, como principio de derecho general, que el comprador no adquiria la propiedad de la cosa comprada ó transferida, sino despues de haber pagado su valor, ó de haber satisfecho al vendedor de cualquier otro modo (1). Mas como en estas instituciones, los redactores han callado á sabiendas y con designio la doctrina de la *mancipacion*, este pasage á que nos referimos no puede servir de induccion respecto á la tradicion, considerada como un acto opuesto á la mancipacion, y con tanto mas

---

(1) §. XLI. Instit. 2, 1. *Venditæ vero res et traditæ non aliter emptori adquiruntur quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit veluti ex promissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem etiam lege XII Tabb. tamen recte dicitur et jure gentium.....id effici.* Godofredo ha colocado este pasage en la 6. Tabla.

fundamento cuanto que la proposicion de que se trata no se encuentra en Gajus. Mucho menos se sigue todavia que tenga fundamento lo que pretende Festus, que las palabras *trans* y *dare* estaban separadas en los plebiscitos por una palabra interpuesta. (1) Ignoramos, pues, las reglas que por la legislacion decenviral se habian establecido respecto de la tradicion.

§. 192. *Modos de adquirir la propiedad romana propiamente dicha.*

Varron que no era jurisconsulto y Ulpiano (2) indican los diferentes modos de adquirir la propiedad romana. Ambos autores vivieron el uno al principio y el otro al fin del tercer período. Cada uno designa incidentalmente seis de estos modos, pero solo convienen en tres. Las palabras de Varron anuncian positivamente que se refieren á un esclavo; las de Ulpiano nos autorizan para pensar, lo que es muy importante para la época de que tratamos, que este escritor contaba ya la tradicion entre los modos de adquirir las cosas *nec mancipi*. Si admitimos que la simple tradicion en esta época no bastaba para transferir la propiedad romana, podemos sentar como principio, que el carácter general de todos estos modos de adquirir consistia en la publicidad del acto, en la intervencion formal ó tácita del poder soberano, y en ciertas ceremonias ó signos esteriores que sirvieran en aquellos tiempos en que faltaban los documentos escritos

(1) Festus V. *Sub vos placo..... ut in legibus: transque dato.*
(2) 19, 2. *Singularum rerum dominia nobis adquiruntur mancipatione, tradictione, usucapione, in jure cessione, adjudicatione, lege.*

para probar en lo sucesivo los contratos, asi como hoy entre nosotros se hacen constar por medio de las escrituras. Es verosimil que estos modos de adquirir se hubiesen ya referido en las doce tablas.

§. 193. *Mancipatio.*

I. El *mancipium* de las doce tablas (1) tiene tambien otros muchos nombres; se le llama *nexu alienatio* (y no *per nexum*) ó *alienatio per æs et libram* (en el manuscrito de Ulpiano, *per hesit libram*); en las pandectas y otras partes *librâ et ære*; finalmente en el lenguaje particular de los jurisconsultos romanos *mancipatio*, *emancipatio*. Sin duda alguna debe referirse tambien á ella el *lege vendere* de Plauto. Sin embargo, no es este modo, ni con mucho, la única manera romana de adquirir el dominio quiritario ó la propiedad romana como equivocadamente han creido muchos escritores; tampoco es ni el mas importante, ni el mas frecuente de todos ellos; pero si el que al instante transfiere la propiedad, de tal modo que esta tomaba muchas veces su nombre. Generalmente es conocida de los modernos en solos dos casos, y precisamente en aquellos, en que casi siempre se presentaba como una accion figurada, mientras que apenas hablan del empleo que de él se hacia primitivamente en los actos diarios de la vida, empleo que se representaba por decirlo asi á cada instante, y que se sostuvo por muchos siglos. La mancipacion primitivamente no era mas que una tra-

(1) *Quum nexum faciet mancipiumque: uti lingua nuncupassit ita jus esto.* No dice terminantemente Festo que estas fuesen las mismas palabras de las doce tablas.

dicion (1) en la que habian de observarse las cláusulas siguientes, para que tuviese lugar la accion de una manera solemne (*solemnis*). Ambas partes, el *mancipans* y el *mancipio accipiens*, debian ser romanos, y estar presentes; era necesario ademas que hubiese alli un *libripens* (quien, verosimilmente en la época que nos ocupa, seria un patricio, un sacerdote (2), ó algun otro personage público y otros cinco romanos que servian de testigos (*testes*), en lo que consistia la publicidad del acto. Aun pasó mucho tiempo sin que se exigiese la presencia de un *antestatus*. Se requeria tambien que la cosa estuviese presente, si era mueble, y que el comprador cogiese parte de ella con la mano, como en señal de adquisicion, de donde provino probablemente la palabra *manceps*, raíz de *mancipium* y de sus derivados. Cuando era inmueble, y que de consiguiente solo podia exigirse que se describiese su posicion, podia *emanciparse* toda ella, sin necesidad de que estuviese en presencia de las partes (3). La persona que recibia la cosa (*accipiens in mancipium*) despues de tenerla cogida con la mano decia estas palabras solemnes; *Hunc ego hominem* (*ó hanc ego rem*) *ex jure quiritium meum* (*ó meam*) *esse ajo isque* (*ó eaque*) *mihi emptus* (*ó empta*) *est hoc œre hac œneaque libra*. Ulp, Fr. XIX, §. 3. Despues el mancipante (*qui mancipio dabat*) pronunciaba es-

(1) *Manu capere* significa aceptar y *mancipare* hacer que alguno pueda aceptar. Entre estas palabras hay la misma diferencia que entre *rursus habere y redhibere*. En el sentido primitivo *mancipare* significa, pues, lo mismo que *tradere*.

(2) Tales como los Levitas entre los Judios.

(3) Ulp. 19, 6. *Res mobiles non nisi presentes mancipare possunt et non plures quam qd* (*quot*) *manu capi possunt: inmobiles autem etiam plures simul et quœ diversis locis sunt mancipari posunt*.

tas palabras dirigiéndose al que recibia la cosa; *Raudusculo libram ferito*, despues se echaba en la balanza la barra de cobre que se daba al mancipante, bien como precio de la cosa vendida, bien como arras solamente. Pesábase el cobre, porque como en un principio los romanos no tuvieron moneda, se valian de este medio para verificar sus compras.

Tal era este modo solemne que se aplicaba á todas las mutaciones que podia sufrir una cosa, y aun á los cambios que las personas experimentaban en su estado. De esta fórmula se usaba para contraer matrimonio *per coemptionen*, para dar la libertad á los esclavos, para libertar á los hijos de la potestad paterna, &c. La autoridad pública estaba representada en ella para indicar que el derecho de propiedad estaba bajo su tutela y que hasta cierto punto era una emanacion de ella, puesto que por la cualidad de romanos era por lo que los contratantes podian usar de este modo de adquisicion. Cada parte declaraba lo que se reservaba (*quœ sunt linguâ nuncupata lex* (1) *mancipii*, *lex quœ dicta est in mancipatione*, ó aun tambien segun el objeto, por ejemplo, *lex œdium*). En caso de denegacion, quedaba obligado á dar el duplo (2). Otra porcion de cláusulas esenciales á este acto, sin duda no se introdujeron hasta mas tarde.

(1) De esta *lex*; *quœ dicitur* y no de una *lex*, *quœ fertur* es de donde provienen sin duda los términos de *leguleius* y *legirupa*.

(2) Cic. De off, 5, 16: *Cum ex XII. Tabb. satis esset* (las mejores ediciones suprimen la palabra *cautum*) *ea prestari*, *quœ essent linquâ nuncupata*, *quae qui inficiatus esset*, *dupli poenam subiret*.

§. 194. *Usus* (1).

II. El uso (*usus, usus (et) auctoritas* (2) ó tambien solo *auctoritas*) (3) ó como se le llamó despues usucapion (*usucapio* porque *possessio* designaba la misma cosa poseida) es otra manera de adquirir la propiedad romana (4), que debia indudablemente tener lugar con mas frecuencia que la mancipacion. La publicidad existia en este caso mucho mas que en ningun otro. Por lo mismo era tanto mas legal este modo de adquirir, puesto que el uso influye mucho mas que la publicacion de un acto para erigir un principio jurídico en regla, segun la que cada uno pueda y deba conducirse. En el derecho de las personas, se ha hablado de este modo de adquirir en el artículo del *poder* (*manus*) como del pri-

---

(1) Gaji Instit. p. 64.--Instit. II, 6. *De usucapionibus.*-- Ulp. 19, 8.--Dig. 41, 3. *De usurpationibus et usucapionibus*, ó *vice versa.*

(2) Si la palabra *usufructus* se hubiese usado ya en esta época para significar un usufructo hubiera sido necesario valerse para designar la propiedad de la palabra *autoritas*. La partícula *et* falta en dicha palabra pues se solia suprimir en las espresiones compuestas de dos voces v. gr. Patres conscripti &c. Se ha creido que la voz *usus* se referia al caso en que no habia derecho negativo de propiedad, y *autoritas* al caso contrario ó bien que *usus* se aplicaba á aquel que adquiria un bien y *auctoritas* al que le perdia como sucede poco mas ó menos con las palabras *emtio et venditio.*

(3) Cic. (Har. Resp. 7) cita como un ejemplo *de optimo jure: jure hæreditario, jure auctoritatis et jure mancipii.*

(4) Cic. pro Caes. 19. *Lex usum et auctoritatem fundi jubet esse biennium: at utimur eodem jure in ædibus quæ in lege non appellantur.*--El mismo escritor dice en otro parage (Top. 4.) *Quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam ædium. Ast in lege ædes non appellantur et sunt cæterarum rerum quarum annus est usus.*

mero del cual puede este nacer (§. 172). Este modo servia en general para convertir la simple posesion, la cual no bastaba para adquirir la propiedad romana, en esta última. No debe creerse que en esta época se limitaba la usucapion al solo caso, á que se aplica hoy, es decir, al caso en que se trata de adquirir un bien cuya propiedad reside en manos de un tercero, que no nos ha transmitido derecho alguno y que por consiguiente es necesario destruir un derecho al mismo tiempo que se crea otro. La palabra prescripcion (*præscriptio*) de que se valen los modernos en semejantes circunstancias, induce á cometer este error. Habia casos efectivamente en esta época, en que se empleaba este modo, aun cuando no se tratase de otro propietario, ó en los cuales se habia recibido del propietario mismo la cosa prescripta, sobre la cual por otra parte ningun otro manifestaba tener derecho. La condicion esencial de este modo de adquirir es una posesion constante, continuada durante cierto tiempo, á saber, por espacio de dos años para las cosas inmuebles (*fundi* en el sentido mas lato de esta palabra), y de un año para las otras cosas: dábase la mayor extension á esta última clase. En el antiguo derecho romano se hablaba raras veces de esta distincion entre las cosas, respecto á la duracion de la posesion (§. 182); pero lo que explica la causa de hallarla nosotros mencionada aqui, es que los bienes fundos propiamente dichos no eran casi nunca poseidos realmente en el invierno. Habia sin embargo una diferencia procedente de la clase diversa de los fundos; en virtud de ella solo se aplicaba la usucapion á los fundos situados en el suelo Itálico. Los fundos provinciales jamás podian usucapirse porque su propiedad no la adquiria ningun particular sino que pertenecia al pueblo. Tambien se establecia otra diferencia relativa á la persona que habia de

usucapir, pues la legislacion decenviral negaba este derecho á los estrangeros. *Adversus hostem æterna autoritas esto, hostis* en esta época era sinónimo de *peregrinus*. Para que se verificase la usucapion solo se atendia en un principio á la duracion de la posesion, *usus autoritas fundi biennii cæterarum rerum annus uso esto*; hablan de ella las doce tablas, las cuales guardan, como vemos por el texto referido, un profundo silencio respecto de otras condiciones que se requerian para la usucapion, de suerte que podia creerse que bastaba cualquier posesion. En apoyo de esta conjetura parece venir la doctrina mas reciente de la usucapion en cualidad de heredero (*pro hœrede usucapio*), la cual no exigia nada de esto. Sin embargo, es muy verosimil que ya no bastase una posesion cualquiera, sino que fuese necesaria una posesion jurídica (que luego se llamó *civilis possessio*, ó bien *ad usucapionem possidere*, como se manifestará en lo sucesivo); acerca de la cual se informaban ante todo del modo con que el poseedor habia llegado á tener la cosa, para ver si reunia los caracteres de tal posesion jurídica. Esta *causa possessionis*, como exclusivamente se la llamó hasta el tercer período, sin darla aun el nombre de *titulus*, debia ser tal que el propietario adquiriese inmediatamente la cosa de un modo que no le produgese la propiedad romana (*pro suo*); ó era necesario, si la adquisicion daba por si misma el poder de transferir esta propiedad que proviniese de un individuo que no fuese propietario. En este último caso era preciso ademas que el poseedor no tuviese noticia del derecho del verdadero propietario, (*bonâ fide*). No obstante, al menos respecto de las cosas inmuebles, no exigia que hubiese tenido este conocimiento, sino al tiempo en que su posesion habia comenzado, principio doblemente equitativo á causa de lo raras que eran las donaciones (§. 26.)

§. 195. *Obstáculos á la posesion.*

Respecto á la persona del poseedor el derecho de ciudad era una condicion indispensable, y esto es muy natural, pues que se trata de la propiedad romana. Respecto del objeto poseido, no podian adquirirse de esta manera, 1.° Las cosas robadas (1), al menos segun la interpretacion que se dió en lo sucesivo á un pasaje, que en el principio no excluia acaso de la usucapion, sino al ladron mismo; 2.° La entrada de un lugar destinado á la sepultura; (2) 3.° Los cinco pies de terreno colocados en los límites de los dos campos (3). Las doce tablas no admitian excepcion contra la usucapion por razon de la tutela, sino en favor de las mugeres romanas, cuando estaban sometidas á una tutela legítima y no eran menores. (4).

---

(1) §. II, Inst. 2, 6. *Furtivarum rerum lex XII Tabb. et lex Atinia inhibent usucapionem.* El fr. 33. Dig. 41, 3, está menos espreso. En Jacobo Godofredo se leé al fin de la segunda Tabla. *Furtivæ rei æterna autoritas esto.*

(2) Cic. De lig. 2, 24. *Quod autem forum id est vestibulum sepulcri, bustumve usucapi vetat... Hæc habemus in XII.* La palabra *forum* á la que *Festo* da el mismo sentido que nosotros se deriva de *forus.* Godofredo inserta este pasage en la décima Tabla. *Fori bustive æterna auctoritas esto.*

(3) Cic. (*de lig.* 1, 21) en una discusion filosófica alude á esta circunstancia que *usucapionem XII Tabb. inter quinque pedes esse noluerunt*, debiendo proceder tres arbitros á la indagacion de los límites ó linderos. Godofredo transforma esta frase en un principio de derecho, *Intra V pedes æterna auctoritas esto*, que inserta en la octava tabla. Pero de esto no se ha de deducir que entre los Romanos cada campo estaba rodeado de cinco pies de espacio inculto.

(4) Asi lo manifiestan Cic. (Ad Att. 1, 5. Pro Flacco, 34), y Gajus (p. 65, lín. 9, 11) límitándola en todo caso á los agnados.

§. 196. *In jure cessio* (1)

III. La cesion jurídica (*in jure cessio*) era un modo de adquirir la propiedad romana mediante la declaracion hecha ante un magistrado que administraba justicia. El nuevo propietario (*vindicans*) demandaba la cosa por vindicacion; el antiguo (*in jure cedens*) no oponia nada, y el magistrado (*addicens*) accedia á la demanda. Este modo de adquirir vino con el tiempo á ser mucho mas raro que la mancipacion, aunque frecuentemente se le halla designado solo con esta última por los autores. Nótase ademas respecto de ella una circunstancia particular, y es que podia adquirirse tambien de este modo la propiedad de las cosas incorporales. De esto hallamos hasta cierto punto un ejemplo en la libertad adquirida por un hombre que hasta entonces habia sido esclavo (§. 161). Otros ejemplos mas positivos nos suministra el poder paternal (§. 170), cierta clase de tutela (§. 177), el usufructo y la sucesion: pero no se sigue de aqui que todas las cosas incorporales pudiesen indistintamente adquirirse y enagenarse de este modo. Por lo demas, los autores, como acabamos de manifestar, no hablan por lo comun de la cesion jurídica, sino cuando tratan de la mancipacion. No puede dudarse que en las doce tablas habia un pasage que se referia á ella y ciertamente este pasage fijaba tambien las condiciones necesarias para que fuese válida una adjudicacion hecha por el magistrado con consentimiento de ambas partes; esta adjudicacion se hacia poco mas ó menos en estos términos; *ita jus esto*. Este modo de adquirir llevaba siempre el título de *in jure cessio* y jamas el de *addictio*; pues aun cuando se halla este último término es imposible comprender en él todos los casos en que intervenia si, un magistrado, pero no bajo el caracter de verdadero juez, como por ejemplo, en las expresiones *sub coronâ emere* (1) y *sectio* empleadas por Varron (Vide arriba §. 172).

(1) Gaji, Inst. p. 59, lín. 11.--Ulp. 19, 9, 15.

§. 197. *Adjudicatio.*

IV. La adjudicacion (*adjudicatio*), de la que los jurisconsultos romanos forman un párrafo particular, se refiere á cada una de las tres maneras de dividirse la propiedad romana, ora entre los coherederos (*familiœ erciscundœ*), ora entre los copropietarios (*communi dividendo*), ora en fin, entre los dueños, cuyos campos lindaban entre sí unos con otros (*finium regundorum*), La sentencia del juez encargado de vigilar la particion de los bienes en estas diversas operaciones daba la propiedad romana, porque se habia hablado de este modo de adquirir en las doce tablas.

§. 198. *Lex.*

V. Hallamos en fin, tambien entre las maneras de adquirir la denominacion general de ley (*lex*). A primera vista, esta denominacion parece enteramente contraria á las

(1) Llamábase *emptio sub corona* la compra que se hacia de los siervos que eran cogidos en la guerra, y que formaban parte del botin, el cual se dividia en dos secciones por lo regular, la una se vendia y la otra se repartia entre los soldados. Llamábase á esta compra *sub corona*, no porque fuesen custodiados por los soldados, cuya guarda se llamaba corona, sino porque cuando los presentaban en venta en el mercado los ponian una corona.

reglas de la lógica, si aplicamos aqui la manera demasiado limitada con que se acostumbra á mirar el derecho; sin embargo, está tambien apropiada á la parte positiva de esta ciencia, que á ella se refiere la denominacion general de *derecho propio*, que resulta de las diferentes clases de hechos que pueden combinarse (*proprio quodam jure ex variis causarum figuris*), denominacion que se emplea algunas veces cuando se trata de las obligaciones. Entre los casos de esta naturaleza, todos los cuales es imposible citar aquí, se contaban desde el período de que hablamos, el legado de una cosa que debe pasar inmediatamente á la posesion del legatario (lo que en lo sucesivo se llamó *per vindicationem legatum*), los bienes caducos, es decir, que no tienen dueño conocido. Pero nosotros debemos referir bajo este párrafo todo lo que los autores, de cualquier clase que sean, llaman manera romana de adquirir, de que Ulpiano no habla, y por consiguiente el denominado *sub corona emere* y el *sectio* citados por Varron y quizá tambien el *census* (1). Tambien debia contarse aqui la donacion, si hubiese sido realmente una manera romana de adquirir, como se ha supuesto falsamente por el lugar que ocupa en las Instituciones, pero el testimonio irrecusable de Theófilo nos demuestra lo contrario (2) y Gayo tampoco se ocupa de ella en este lugar.

---

(1) Schulting cree hallar una prueba de esto en la Const. 7. c. 8, 54. Y á lo mismo se refiere la manumision *censu* (§. 161). Por lo demas es facil que se pasase en silencio en tiempo de Ulp. el *census* entre los modos de adquirir como desusado ya, aunque sin embargo los autores mas antiguos hiciesen mencion de él.

(2) Civilistisches Magazin, t. 3, p. 187.

§. 199. *Fin de la propiedad* (1).

La propiedad concluia de un modo muy sencillo. A la verdad era necesario un acto, es decir, un hecho para producir la disolucion de este derecho; pero este hecho no es tampoco necesario desde luego, cuando la casa se destruye ó cuando una bestia salvage vuelve á su estado natural de libertad (2), ademas de que este hecho en todos los casos depende exclusivamente de la voluntad del propietario mismo. Su objeto es por otra parte, ó poner la cosa *extra comercium* (§. 181), ó abandonarla de modo que ya no tenga dueño, ó en fin, ceder su posesion á otro. Sin embargo, Gayo dice expresamente que las doce tablas concedian al agnado curador de un hombre demente la facultad de vender los bienes de este último, lo que supone que habia un caso en el cual la propiedad podia enagenarse válidamente por otro que no fuese el propietario mismo.

§. 200. *Adquisicion por medio de otros.* (3)

La máxima de que solo puede adquirirse por medio de los que uno tiene bajo su poder, ya bajo su *manus*, ya bajo el *mancipium*, queria decir solamente en el principio que no podia adquirirse por medio de un tercero, aun cuando por otra parte esto se dedujese porque la necesidad de la

---

(1) Gaji, Inst. p. 73.--Inst. 2. 8. *Quibus alienare licet vel non.*

(2) Todavia no se pensaba en estos dos casos, los cuales tampoco se hallaban previstos por el principio de derecho contenido en el fr. 11. D. 50, 17.

(3) Gaji, Inst. p. 74, 77. Ulp. 19, 18, 21.--Inst. 2, 9. *Per quas personas adquiritur.*

publicidad indicaba ya por sí misma la imposibilidad de que una persona que no tiene relaciones duraderas con otra pueda adquirir jamas por medio de esta. Pero en los tiempos posteriores tuvo otra significacion; indicó tambien que aquel que se halla bajo la potestad de otro, no tiene derechos que ejercer contra este último, aun en lo concerniente á las cosas, al paso que por el contrario este se considera como el propietario de todo lo que el otro adquiera. Sin embargo, pudo suceder que en la época, cuya historia trazamos, el uso hubiese ya establecido que el dueño concediese á su esclavo, ó el padre á su hijo, ó en fin, el marido á su mujer, que estaba *in manu*, el derecho de tener un peculio (*peculium*) (1). Este uso se introdujo y esta conexion se hizo sin duda por el padre, el señor, ó el marido, ya para obligar mas á sus subordinados á tomar interés en sus negocios, ya tambien para hacer mas fáciles y mas agradables las relaciones de estos individuos con los otros romanos. Estaban en efecto, ó debian estar mas propensos á servir ó complacer á sus conciudadanos, cuando tenian la certidumbre de que el tributo del reconocimiento no redundaria únicamente en beneficio de aquel bajo cuyo poder se encontraban las personas que se habian hecho de él merecedoras.

§. 201. *Dos.*

Ninguna señal encontramos en las doce tablas de una

(1) Esta espresion no se emplea al hablar del matrimonio, al cual no se refiere el fr. 9, §. 3. D. 23, 3; pero nuestros conocimientos no son tan detallados respecto del poder marital como respecto del paterno; sin embargo los bienes de la muger llamados *receptitia* parece que tienen algunas analogías con el *peculium*.

materia sumamente importante del derecho romano, hablamos de la que determina la influencia del matrimonio solemne que confiere cierto poder al marido ó del menos solemne que no conferia este poder (*manus*) sobre la propiedad de la muger en general (*dos* ó *res uxoria*), influencia de que tampoco se ha hablado en las consideraciones generales sobre este acto civil. Esta materia no se concilia muy bien con la antigua costumbre de los romanos de comprar sus esposas. Sin embargo, es bastante probable que en esta época ya se decidiese el padre á hacer un donativo al casar á su hija, ó al menos que el esposo recibiese alguna cosa para compensar los gastos que el matrimonio le ocasionaba. *Laboulaye* es de opinion que el régimen dotal tuvo su origen en los matrimonios, en que no habia la *in manum conventio*; porque no entrando entonces la muger en la familia del marido, y permaneciendo ó en la patria potestad, ó en la tutela de los agnados, todos los bienes que adquiriese ya antes, ya despues del matrimonio pertenecian á su padre en cuyo poder permanecia. En tal situacion era muy natural que la muger contribuyese por su parte á sostener las cargas del matrimonio, aportando á él una porcion de sus bienes ó la totalidad de ellos. Despues esta costumbre debió introducirse tambien en los matrimonios en que habia *in manum conventio*. En un principio la traslacion de la propiedad de los bienes dotales se hacia al marido sin ninguna reserva para el porvenir: el marido era entonces durante el matrimonio el propietario absoluto de la dote. Tres maneras habia de constituir la dote, ó se *daba*, ó se *prometia*, ó se *decia*.

Se *daba*, cuando hallándose presente el marido se le ofrecia una cantidad, como dote de su muger, la cual se depositaba el dia anterior á la boda en poder de los agore-

ros (*Auspices*), para que estos se la entregasen al esposo despues de celebrado el matrimonio.

Se *prometia* la dote interviniendo una estipulacion solemne por medio de la pregunta y contestacion que en este contrato se exigian; en él se fijaban tres plazos para el pago de la cantidad que se estipulaba.

Finalmente se *decia* la dote cuando por medio de ciertas palabras solemnes, pero sin mediar estipulacion se fijaba la cantidad, la cual recibia el esposo.

§. 202. *Per universitatem successio.*

Cuando un romano entraba en el goce de los derechos de un individuo que cesaba de poder ejercerlos por sí mismo, no se establecia distincion alguna para ninguna cosa en particular, excepto algunas veces para los bienes fundos: de modo que no se tenia ninguna consideracion al cambio que experimentaba el resto de la fortuna del difunto. Asi es que las cosas que no se extinguian por la muerte, por ejemplo, el culto privado (*sacra privata*), aunque perteneciesen en parte al derecho público y fuesen onerosas, sin embargo, formaban un conjunto, una masa (*universitas*). El heredero instituido continuaba representando la persona del difunto, y adquiria todos sus beneficios y todas sus obligaciones. *Hæres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, quem et ea quæ in nominibus sint ad hæredem transeant.* L. 37. *De adq. vel omitt. hærede.* Y no era necesario que fuese un solo individuo, aunque pudiera esto creerse por el adjetivo *universalis* colocado despues del sustantivo *successor*, el cual sin embargo, no se ha empleado en esta ocasion mas que por los modernos.

SUCESION TESTAMENTARIA.

§. 203. *Consideraciones políticas acerca de ella.*

Los patricios querian para sí toda la libertad posible y no perdonaban medio alguno para consolidar su perpetuo goce. Encargados de la redaccion de las doce tablas, consignaron en ellas el poder mas absoluto de disponer á su arbitrio de sus bienes. Esta disposicion se hallaba en armonía con aquella potestad que ejercia en la familia el gefe de ella y que dominaba hasta la legislacion misma. El padre podia hasta matar á su hijo, ¿cómo no habia de poder desheredarle? Cualquiera que lea sin reflexion el texto de las doce tablas pensará que esta facultad era estensiva á todos. Pero esto es un error; la misma palabra *pater familias* nos indica la restriccion que esta facultad sufria desde luego. Mas no se contentaron con ella los patricios; no creyeron bastante garantido su omnimodo poder con abrogarse la facultad de convocar los comicios, con ocupar el sacerdocio y con inutilizar los deseos de los demas ciudadanos, á quienes alhagaba esta disposicion, sino que restrinjieron la ámplia facultad que al parecer concedian, exijiendo ciertas circunstancias en el sucesor á la herencia y ciertas solemnidades en la disposicion testamentaria, en faltando las cuales declaraban nulo el testamento, consiguiendo de este modo que la familia, cuyos derechos políticos y religiosos eran los que principalmente constituian la herencia, se conservasen perpetuamente y logrando por este medio que las fortunas se aglomerasen y que la aristocracia aumentase mas y mas cada dia su brillo y su poder.

Tal era el caracter político de esta institucion en Roma.

§. 204. *Persona en cuyos derechos sucede otro.*

Es necesario, como condicion esencial por parte del que experimenta un cambio semejante, que haya gozado hasta entonces de la facultad de adquirir derechos por sí mismo, es decir, que es necesario que sea un hombre libre, un romano, un individuo que no esté bajo el poder de nadie. Sin embargo, la cuestion de la sucesion habia debido ya agitarse en esta época respecto de los extrangeros que ejercian derechos. Quizá fue este el primer gérmen de la posesion de bienes (*bonorun possesio*) la cual no se introdujo, sin embargo, sino mas tarde por el derecho pretoriano. No se tenia generalmente consideracion al sexo, á la edad, al estado civil, ni al patriciado del individuo que acababa de perder el goce de sus derechos.

§. 205. *Diferentes maneras de llegar á ser inhabil para ejercer derechos.—Muerte.—Hereditas en virtud de un testamento, ó de cualquiera otra manera.*

En cuanto al cambio que hace que un individuo no pueda ya ejercer derechos, ó proviene de la muerte, ó bien ocurre viviendo aun la persona. La muerte es el caso mas ordinario. Los romanos la refieren en primera línea en sus tratados generales sobre la jurisprudencia, y no agregan á ella sino como en forma de apéndices las otras maneras de perder sus derechos. Las doce tablas, al establecer el modo de entrar uno en posesion de los derechos de otro á título de heredero (*hœres*), palabra que deriva de

hœrus (1), como lo prueba la de *familia* que se ve empleada en las dos maneras de heredar y de la cual se dedujo despues la de *hœreditas*, que no se encuentra en la ley decenviral, es decir, en las doce tablas (2) se ocupan primero de la última voluntad del difunto (3), despues de su derecho de legar (*legare*) y en fin del modo de considerarle cuando ha testado (*testatus*, de donde provino mas tarde la palabra *testamentum*). La ley expone en seguida la manera con que uno debe conducirse á falta de semejante declaracion por parte del difunto (*intestato* en la ley y mas tarde *ab intestato hœreditas, hœreditas legitima, etc*). Estos casos estaban tan en oposicion uno con otro que no podian jamas encontrarse unidos en una sucesion, es decir, que era imposible que uno de los herederos heredase en virtud de un testamento, y otro en defecto de acta testamentaria. El rigor se llevaba tan lejos en este punto que si uno queria hacer alguna disposicion para que no tuviese efecto sino despues de la muerte era necesario que dicha disposicion se estendiese á toda la sucesion entera (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*): pero esta proposicion, que no es necesaria indistintamente respecto de todos los derechos, no trae su origen del órden en que las doce tablas

(1) §. VII, Inst. 2, 19. Veteres enim haeredes pro dominis apellabant.

(2) Segun Plinio (Hist. Nat. 19, 4) la palabra *heredium* significaba un jardin en las doce tablas.

(3) *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei ita jus esto.* (Ulp. 11, 14) Comunmente se ponen antes las palabras *pater familias*. El profesor de Erb. ha demostrado que esta adicion es inexacta. (Civil. Mag.) *Si intestato moritur cui suus hœres nec.... agnatus proximus familiam habeto.* La palabra *ast* que se pone antes se halla en el manuscrito reemplazada por *hac* que sin duda significa *hac lege XII Tabularum.*

examinan sucesivamente las materias al tratar de la sucesion. En efecto, los jurisconsultos romanos, antes de examinar las máximas que conciernen á la sucesion por título universal (*per universitatem sucessio*) se ocupan del testamento en vez de dedicarse en manifestar las consideraciones generales sobre la devolucion y la adquisicion de la herencia.

§. 206. *Persona del testador* (1).

La primera cosa á que se atendia en un testamento era la persona del testador. Era preciso que este tuviera el derecho de testar, es decir, que tuviese en este sentido la *testamenti faccion* (*testamenti factio*). Verdad es que las doce tablas nada hablaban de esta condicion (§. 205 nota 3), pero es verosímil que en esta época se tomase ya en cuenta la capacidad del testador, tanto al tiempo de escribirse el testamento cuanto al tiempo de la muerte. En esta última época no habia otra cosa que dañase al derecho mas que la imposibilidad física de hacer en tal momento un acto semejante. Mas para que existiese esta capacidad, para que un romano fuese, en fin, admitido á testar, bastaba que pudiese sucedérsele (§. 204), que fuese dueño de disponer como quisiese de su fortuna, y que no estuviese sometido ni á la tutela, ni á la curatela. Sin embargo, es creible que en lo sucesivo una mujer romana podia igualmente hacer testamento con autorizacion de su tutor. Tambien lo es que un manumitido y lo que es aun mas extraño, que el hijo de un

(2) Gaji Inst. p. 77 y siguientes.-- Ulp. 20 De Testamentis.- Inst. 2, 10, De Testamentis ordinandis, 12 Quibus non est permissum facere testamentum. D. 28, 1. Qui testam. facere possunt.

manumitido no tenian primitivamente el derecho de testar, como los otros ciudadanos, pues que este fue entonces uno de los puntos importantes, acerca de los cuales los patricios se vieron obligados á templar el antiguo rigor de la ley cuando se redactaron las doce tablas. Quizá no cedieron sino por la esperanza de hallar en las numerosas dificultades que ofrecia la forma exterior del testamento para los ciudadanos que se hallaban en estas diversas clases, una garantia contra los inconvenientes que temian á consecuencia de esta concesion.

§. 207. *Forma exterior del testamento.*

Respecto á la forma exterior, uno de los puntos mas conocidos de la historia del derecho es que los antiguos romanos tenian tres maneras de testar. Sin embargo, si queremos remontarnos á indagar el origen de estas tres maneras, lo único que podemos determinar con certeza es que la última fue introducida despues de las dos primeras. Estas eran, 1.° *el testamento hecho en tiempo de paz* (*in pace*), como le llama Gayo, aunque quizá se observase igualmente esta forma en tiempo de guerra; pero lo que al menos parece como cierto es que este modo solo podia usarse en Roma: la forma de verificar esto consistia en la declaracion que se hacia ante una asamblea especial del pueblo (*in calatis comitiis*) y no como los modernos dicen siempre (*in comitiis calatis*), la cual se convocaba siempre que se trataba de deliberar acerca de los negocios religiosos (1) y tenia lugar dos veces al año. 2.° *el testa-*

(1) Segun Aul. Gel. los *calata comitia* eran las asambleas *quæ pro collegio pontificum habentur aut regio aut flaminum inaugu-*

mento hecho en tiempo de guerra ó la declaracion hecha por los soldados al tiempo de llamárseles al ejército (*in aciem vocare*): este testamento se hacia *in procinctu*, pero en las Institutas y en Theófilo se da al mismo testamento el nombre bastante raro de *testamentum procinctum* (1) se reducia este testamento á una declaracion verbal que hacia el militar de quien le habia de suceder si llegaba á morir, á cuya declaracion se hallaban presentes tres ó cuatro testigos: 3.º las formalidades, en fin, del tercer modo que Gayo refiere á un caso de muerte súbita y que segun Theófilo se introdujo verosímilmente para evitar las dificultades que presentaban las otras formas para los testadores, especialmente en el primer caso, estas formalidades, repetimos, consistian (§. 193) en una venta ó mancipacion figurada (*Per æs et libram, per familiæ mancipationem et nuncupationem testamenti*). En este caso, el testador enagenaba toda su sucesion futura (*familia*), pero podia donar alguna cosa porque dicha enagenacion no le quitaba ni el derecho de disponer á su voluntad de cada cosa en particular, ni el de contraher las deudas, aunque estas absorviesen el total de la sucesion, de tal suerte que aun cuando se hubiese establecido en general el principio de la irrevocabilidad del

randorum causà. Eorum autem (probablemente se refiere á los comicios en general) *alia esse curiata alia centuriata, curiata per lictorem curiatum calari, id est, convocari, centuriata per cornicinem. Iisdem comitiis quæ calata apellari diximus sacrorum detestatio et testamenta fiere solebant....*

(1) Cic. habla de las ceremonias religiosas que se hacian con este motivo. Por lo demas esta clase de testamentos no se hacian solo al principiarse la guerra cuando se salia de Roma: Velejo Paterculo afirma que tambien se hacian en el ejército, hallándose en campaña.

acto, no podia este proporcionar ventaja alguna al comprador (*familiæ emptor*). Los romanos, raciocinando segun les indicaba el caracter y esencia de una sucesion por título universal, miraban la irrevocabilidad del testamento, como contraria á la razon é inconveniente, pero no como precisamente dañosa, ni aun para el testador. En un principio, la enagenacion de la sucesion debia hacerse precisamente á los herederos presuntos; pero despues, aun cuando se considerase todavia al comprador de la sucesion como una persona esencial para la validez de este acto, no tenia aun los derechos de un simple ejecutor: todo estribaba en un escrito (*tabulæ, tabulæ ceræve lignum* que el testador confirmaba entonces por medio de una venta simulada (*lex mancipii*) de su contenido (*mancipatio testamenti*) (1). No se pasó mucho tiempo sin introducir el uso de sellar (*signare*) este escrito de modo que era imposible despues leerle, ni cambiar nada de él, sin romper el sello (2). Esta costumbre tenia ademas la ventaja, no solo de no estar uno obligado á manifestar á quien instituia heredero, sino tambien la de poder designar para gozar de esta cualidad y dar alguna cosa por mancipacion á una persona que bajo cierto punto de vista, era todavia inhabil para recibir este título, como un ausente, un hijo no concebido aun, &c.

(1) *Tabulas testamenti testator ita dicit. Hæc ut in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos Quirites testimonium perhibetote.* (Ulp. 20. 9). La autoridad de Gajus confirma que debe leerse *perhibetote* y no *præbitote*.

(2) Entre los antiguos reemplazaba mucho mas que entre nosotros el sello á las llaves en los casos en que no podia temerse una fractura, contra la cual no siempre nos aseguran tampoco las llaves.

§. 208. *Contenido esencial del Testamento* (1).

El contenido esencial de un testamento era la designacion de una, ó tambien segun la voluntad del testador, de muchas personas para herederos, operacion llamada todavia en esta época *legare*, ó mas exactamente *hæredem instituere*, *hæredem scribere*, *hæredem facere*. La palabra *hæres* indicaba ya, sin embargo, que la persona designada debia tener un derecho sobre el todo, aun cuando el testador no hubiese hablado mas que de una sola cosa, ó de *una fraccion*, para emplear el lenguage de los romanos (2). Este derecho no podia limitarse sino en tanto que se concedia un derecho igual á otros herederos de los cuales hacia mencion el testamento. Era necesario que el heredero fuese hábil (que tuviese la *testamenti factio* en este sentido). Ahora bien, solo los romanos ó sus esclavos se hallaban en este caso. En cuanto á los esclavos, no podia instituirse por herederos á los esclavos propios, sin declarar al mismo tiempo que fuesen libres. Respecto á los esclavos de otro, nadie tenia la facultad de manumitirlos por testamento, pero podia disponerse en su favor para el porvenir y en el supuesto de que se les concediese un dia la libertad. Por lo demas, un testador era dueño, no solo de instituir el heredero con condicion ó sin ella, sino tambien de excluir ó pasar en silencio á sus parientes, tales

(1) Gaji Instit. p. 28. Ulp. 21. Quemadmodum heredes instituí debent. Inst. 2, 14. De heredibus instituendis.

(2) La division de un todo (*as*) en doce partes (*unciæ*) y todas las fracciones que de él podian hacerse, son cosas tan estrañas á la doctrina de que aqui tratamos como el cálculo decimal lo es hoy respecto de la institucion de heredero.

como á los padres y al patrono. No está decidido aun si se comenzó á introducir por la primera vez en la época de que hablamos y mas bien en provecho del mismo testador, que para encadenar su voluntad (1), una restriccion importante al poder absoluto de testar. Esta restriccion tenia lugar cuando algunas personas libres caian en poder del testador despues de hecho el testamento y le sobrevivian (á los cuales se llamaba *posthumi*), ó bien cuando el testador tenia hijos bajo su poder en el momento de testar (*liberi*), en cuyos casos estas personas debian ser expresamente excluidas de la herencia (*ex hæredes scribi*, *exhæredare*), siempre que no fuesen designados como herederos. Exigíase esta condicion á fin de que no se cuestionase luego sobre si el testador habia querido realmente excluirlos, ó bien si solo se habia limitado á preferirlos, ora porque de ellos se hubiese olvidado en aquel momento, ora porque no le constase su existencia.

§. 209. *Adquisicion de la herencia por testamento* (2).

Al recorrer sucesivamente los diversos puntos del derecho, los jurisconsultos romanos, hablando del testamento, agitaban la cuestion de cuando adquirian realmente los derechos del difunto los herederos llamados á sucederle. Tambien se suscitaba esta misma cuestion cuando no habia testamento, pero para resolverla en este caso, no es necesaria la reunion

(1) En este sentido lo interpretó Trajano en lo succesivo (§. 1 Instit. 2, 11). *Nec ullorum magis interest quam ipsorum quibus id privilegium datum est ejusmodi exemplum admitti.*

(2) Ulp. 22, 23, 24. Instit. 2, 19. *De heredum qualitate et differentia.*

de tantas circunstancias particulares, como en la hipótesis de haber testamento. Aunque las doce tablas, al menos en los fracmentos que han llegado á nosotros no hablan ni una sola palabra sobre esta cuestion, sin embargo, apenas se puede dudar que no dependiese su solucion entonces por regla general de la libre voluntad de los herederos (*voluntarii hæredes*), en una palabra, que en esta época dependia de ellos únicamente el ser ó no herederos. En lo sucesivo vemos que habia tres maneras de declarar su voluntad, y por consiguiente de adquirir la herencia, á saber, la adicion ó la aceptacion formal (*hæreditatem adire*) (1), la crecion (*cretio*) y la gestion en cualidad de heredero (*aliquid pro hærede gerere*). La última voluntad del difunto no era necesaria para que se verificase la aceptacion, sino en el caso en que aquel hubiese instituido su heredero por testamento. En este caso los herederos llamados *neccesarii hæredes*, ó eran los esclavos instituidos por el testador, ó los herederos suyos (*sui hæredes*), entre los cuales no aparece que existiera entonces diferencia alguna. Un heredero, por el solo hecho de la aceptacion de la sucesion, se juzgaba que la recibia toda entera, aun cuando otros muchos herederos fuesen llamados á la misma sucesion, de suerte que en este último caso se concedia á cada uno de los herederos el quitar algo de los derechos de los otros (*jus adcrescendi*), porque á cada uno se le consideraba como heredero por título universal, es decir, como con derecho á la universalidad de los bienes (*per universitatem successor*).

(1) La aceptacion (*hereditatis aditio*) constituye en efecto un tercer modo puesto que la *cretio* no tenia jamas lugar en la herencia legítima (*legitima hereditas*) y que por el contrario estas dos palabras se aplican tambien á la herencia testamentaria. Gajus nada dice contra esto.

Cuando muchos aceptaban á la vez la herencia, las deudas activas y pasivas (*nomina*) se repartian entre todos, segun un pasage positivo de las doce tablas, haciendo esta distribucion en proporcion de la parte que cada uno estaba llamado á adquirir (1). Vése, pues, que se sacrificaba la comodidad del comercio, por establecer una igualdad perfecta entre los coherederos. Todo lo demas era comun entre ellos, y cuando no se avenian bien acerca de su copropiedad, se echaba mano de un acto especial de particion (*familiæ creiscundæ judicium*) (§. 197) para ponerlos de acuerdo.

§. 210. *Anulacion de un testamento* (2).

Ninguna disposicion se halla en las doce tablas acerca de las diferentes maneras de invalidarse un testamento que en su principio fue válido. Sin embargo, creemos que este hecho era ya posible en esta época, cuando el testador perdia el derecho de testar, por ejemplo, cuando moria hallándose prisionero en poder del enemigo, ó cuando se rompia el primer testamento, *ruptum*, por decir *corruptum*, expresion empleada igualmente en lo sucesivo por los jurisconsultos, al hablar de un testamento que se anula en el caso de nacer un posthumo, ó en fin, cuando no se hallaba heredero que quisiese aceptar la sucesion. A esta última hipótesis es á la que deberia referirse aquella disposicion, suponiendo

(1) *Obligatio dividitur per legem XII Tabb.* dice el fr. 25 §. 13. D. 10, 2, y en otros pasages en los cuales sin embargo, no se refieren las mismas palabras de la ley tales como se hallan en Godofredo. *Nomina proportionibus hereditariis inter heredes ercta cita sunto.*

(2) Ulp. 23. *Quemadmodum testamenta rumpuntur.*--Instit. 2, 17. *Quibus modis testamenta infirmantur.*

que ya antes de las doce tablas se hubiese verificado el caso en que un segundo heredero hubiese sido llamado en defecto del primero (*secundus hœres*, *secundi gradus hœres*, *substitutus*), es decir, cuando hay esta especie de substitucion, á la que se dió en lo sucesivo el epiteto de vulgar y cuyo objeto era impedir que quedase sin efecto el testamento (*destitutum*).

§. 211. *Otras disposiciones en el testamento* (1).

Poco importaba, hablando con propiedad, para la validez de un testamento, que el testador hubiese en él prescrito ó no otra cosa diferente de la *hœredis institutio*. Es muy verosimil que tan luego como se reputaba válido este acto bajo todos aspectos, todo individuo podia ya aun en la época de que hablamos recibir del testador, por el mismo medio un derecho aislado ó particular llamado *legatum* en el sentido estricto de esta palabra, es decir, una disposicion de bienes particulares, sin perjuicio de la disposicion esencial que se referia á la herencia. Era natural tambien que este derecho consistiese ya en la propiedad, ó ya en una simple esperanza, y por consiguiente hasta él debemos remontarnos para hallar el germen de la division establecida en lo sucesivo entre los legados, los cuales se distinguian segun que se hacian *per vindicationem* ó *per damnationem*. Por lo demas, esta doctrina de legados concluyó por adquirir una extension mucho mayor que la de *hœredis institutio*. En fin, el testador por medio de su testamento podia tambien manifestar su voluntad sobre diferentes puntos relativos al derecho de las personas sometidas á su poder: asi es que podia ordenar la manumision de su esclavo (§. 161,) ó designar el tutor que se hubiese de dar á sus hijos impúberes ó á su mujer, circunstancia sobre la que nada se dice en las doce tablas (§. 178); pero que es dificil creer que en esta época se pudiese todavia adoptar por medio del testamento.

(1) Gaji *Instit.* p. 102 Ulp. 24 *de legatis* Instit. 2, 20, *de legatis*. D. 30 32. De legatis, hasta el 36 inclusive.

§. 212. *Sucesion ab intestato* (1).

En defecto de testamento se conferia la herencia segun el órden de sucesion legítima inmediata (*legitima hœreditas*, expresion que no se varía y que no es la simple *justa hœreditas* de que usa Varron. (Vide §. 142 nota 2.ª) En virtud de ella el parentesco constante entre las personas daba tambien en semejante caso derecho á la herencia. El fundamento de la sucesion *ab intestato* era el poder paternal, base de la familia y emblema de la importancia política de esta. Para la conservacion de una aristocracia como la que formaban entonces los patricios era una necesidad política y religiosa que las familias no se extinguiesen. Por esto vemos que la tendencia de las leyes que arreglaban esta institucion de acuerdo con las costumbres de aquella época era la perpetuidad de la familia. El heredero suyo tenia una obligacion imprescindible de suceder necesariamente al difunto. Poco á poco se estableció en lo sucesivo el principio de que el grado mas inmediato de parentesco destruia enteramente el derecho del mas lejano, aun cuando el que

(1) Gaji Instit. p. 127.--Ulp. 26 de legitimis heredibus.--Instit. 3, 1, de hereditatibus quae ab intestato deferuntur. D. 38. 16. De suis et legitimis heredibus.

le poseyese no quisiera hacer uso de él (*in legitimis hæreditatibus non est successio*), circunstancia que debió muchas veces dar lugar á la cesion judicial de la herencia (*in jure cessio*). Sin embargo, como no hallamos este principio aplicado mas que cuando no existia el tercer grado de parentesco, de tal suerte que pudo muy bien suceder que no se aplicase á los tres primeros grados, lo que en tal caso hubiera constituido la última excepcion á la regla, es inverosimil que no se haya establecido este principio en lo sucesivo mas que con relacion á la *bonorum possessio*, sucesion introducida por el pretor. Debemos hacer notar que contra el uso adoptado ahora entre nosotros, los jurisconsultos romanos no se ocupaban en esta ocasion de los diferentes grados de parentesco consanguíneo.

§. 213. *Suus hæres.*

El heredero suyo (*suus hæres*), palabras cuya inversion no se admitia y con motivo de las que se ha hecho por la primera vez esta observacion aplicable á todos los términos técnicos compuestos, el heredero *suyo* es aquel que hallándose bajo la patria potestad del difunto precedia á todos los demas en el órden de parentesco. Los romanos consideraban al heredero suyo como la misma personificacion del difunto, es decir, como una misma persona con él; por lo mismo cuando sucedia en los derechos de su antecesor, propiamente no habia herencia sino toma de posesion, pues mientras vivia el padre se le consideraba como copropietario. Por esto las doce tablas al hablar de las sucesiones no le designan un derecho preferente, sino que se lo reconocen. De suerte que no se habló de él sino por oposicion con el heredero simplemente legítimo. Este nombre, del que los

modernos han sacado el término *Suitas*, no tenia entonces la significacion que los jurisconsultos romanos le dieron en lo sucesivo, y segun la cual designa una persona que ha heredado en cierto modo de sí misma, sino que recordaba perfectamente la dependencia en que habia estado el heredero con el sugeto difunto. Efectivamente, se llamaba *suus hæres*, como hemos dicho, á aquel, que en la época de la muerte del propietario cuyos derechos adquiria, se hallaba aun bajo su poder paterno, ó su *manus*, y que se hallaria todavia despues si aquel no hubiera muerto; de aqui se sigue naturalmente que el poseedor, á quien se sucedia de este modo, no podia ser sino un hombre. En ambos casos no sucede el heredero *suyo* en razon del grado que le ligaba con el difunto, sino únicamente porque se halla colocado de un modo inmediato á él, es decir, que no habia alguna otra persona bajo cuyo poder debiera recaer despues de la muerte del propietario, porque si esta persona existiese, á ella seria á quien fuese á parar la herencia que cae en poder del heredero suyo (§. 200). Por lo demas, teníase en cuenta aqui lo que se llamaba línea recta en el derecho romano, aun cuando se tratase de determinar la parte que debia tocar á cada uno (*in stirpes dividitur*). Nada nos induce á pensar que bajo este aspecto se admitiese diferencia alguna entre el hijo de familias (*filius familias*) y la muger que estaba bajo el poder de su marido.

§. 214. *Agnados.*

A falta de heredero *suyo*, la ley llamaba á la sucesion al mas próximo agnado (§. 175), *ast si intestato moritur, cui suus hæres nec escit agnatus proximus familiam habeto.* Luego no eran llamados los agnados sino á falta de herede-

ro *suyo*. Asi que cuando se esperaba que hubiese heredero suyo no tenia lugar la sucesion de los agnados, v. gr. si la muger estuviese embarazada, ó el hijo en poder de los enemigos. Solo las personas libres podian tener agnados, á menos que, y esto lo ignoramos, en la clase de los manumitidos la adopcion ó la *in manum conventio* produjese tambien un parentesto análogo. Este parentesco de agnacion, del que espresamente se hablaba en las 12 tablas, se determina únicamente por el grado en que un individuo se encuentra, sin meterse á indagar si desciende de un ascendiente próximo ó lejano del difunto. Por el texto que hemos referido de las doce tablas se ve que el agnado mas próximo en grado excluia al mas remoto. La igualdad de grados producia la igualdad de las porciones (1). Todavia no se pensaba en distinguir los parientes consanguíneos de los otros agnados.

§. 215. *Gentilidad.*

Despues del mas próximo agnado la ley llamaba á los gentiles (2), pero aqui adquiere mayor grado de interés una cuestion de que ya hemos hablado (§. 167) : esta es la de saber si en las 12 tablas independientemente del pasaje

(1) Es verdad que Gajus se limita á decir (en las L. Mos. et Rom. Coll. 16. 2) *Jam dudum placuit in capita dividendam gereditatem*: sin embargo no es creible que jamas haya estado en uso ó al menos que haya existido en tiempo de las doce tablas.

(2) Aunque alteradas hallamos en Ulpiano estas palabras en la L. Mos. Coll. (16. 4). *Signatus nescit gentiles familiam heres hanc*, de donde han sacado. *Si agnatus nec escit* (y quizá *heres*) *gentilis familiam nancitor*. Pero el plural *gentiles* está siempre empleado en la *Collatio. Herciscant* es peor tadavia.

referido arriba se halla todavia algun otro, en que se hablase del patrono y del manumitido, y del cual pudiese deducirse que la herencia legítima estaba reglada por las 12 tablas de un modo diferente, segun se tratase de la herencia de un hombre que hubiese nacido libre ó bien de la de un manumitido (1). La duda no consiste en si el patrono patricio y su hijo podian heredar del manumitido, cuando este no dejase testamento, ni heredero suyo, porque en este caso la afirmativa no es dudosa, sino que lo que se indaga es si el patrono plebeyo gozaba ya del mismo derecho, y si las 12 tablas contenian algun pasage que tuviese relacion con estos objetos, ó bien si no habia ya necesidad de hacer en la ley particular mencion del patrono

(1) El texto de las doce tablas, tal como ha sido restablecido por los modernos, nos ofrece en la Tabla quinta un pasage en que efectivamente se habla del derecho del simple patrono, en el sentido que se dió despues á esta palabra, sobre la herencia de un liberto; pero nada nos demuestra que este pasage haya formado realmente parte de las doce Tablas. Fúndanse algunos únicamente para creerlo asi en que en el fr. 195, §. I. D. 50, 16.. hablando Ulpiano del Edicto, dice que *familia* significa tambien las personas y que asi, cuando las doce Tablas hablan del patrono y del liberto, emplean en el mismo sentido las dos locuciones *ex ea familia et in eam familiam*. Esto nos da motivo á manifestar cuan poco partido se ha sabido sacar en esta ocasion de Théophilo. Este jurisconsulto, al hablar de la analogia que existe entre el derecho de suceder y la obligacion de soportar las cargas de la tutela (1, 17), refiere un pasage de las doce tablas que aun cuando no cita literalmente manifiesta de un modo indudable su sentido, que es el siguiente. "Si un liberto ó una liberta mueren sin hi»jos y sin testamento su herencia debe devolverse á sus patronos »ó á los hijos de sus patronos" Lo que prueba que esta regla no podia existir tal como la hemos referido en las doce tablas, es que se dijo en ellas que todos los hijos no eran indistintamente preferidos al patrono, pues que solamente lo eran los llamados *suyos*.

y su hijo al hablar de los *gentiles*, esto es, que no fuese necesario indicar en esta misma ley la diferencia entre el agnado y el consanguíneo. En una palabra, heredaba el patrono en virtud de la raza (*stirpe*) como dice Ciceron, y aun cuando otros quisiesen heredar en virtud de la familia (*gente*). Aquel que despues de la emancipacion de un hombre libre le habia concedido la libertad, era tambien considerado como patrono respecto de este, pero en ninguna parte se dice que los demas parientes se encontrasen en el mismo caso. Despues de los agnados del hombre libre y del patrono del manumitido venian los simples *gentiles*. Estos últimos, tomando esta palabra en el sentido de designar no solamente aquellos que podian dejar una sucesion sometida á una curatela, sino tambien los que podian heredar y ser curadores ellos mismos, es decir, los grandes *gentiles*, que sin duda eran siempre de origen patricio, estos últimos, decimos, tenian un derecho de herencia, no solo cuando otros individuos iguales suyos morian sin dejar, ni testamento, ni herederos suyos, ni agnados, sino tambien cuando moria un manumitido ó sus descendientes, y es probable que por respecto á estos fuese sobre todo por lo que se sujetaron las otras bases de la herencia á tantas restricciones (1).

(1) Una de las restricciones mas importantes seria quizá la que manifestó Hugo en su *Disertatio de fundamento successionis ab intestato ex jure Romano antiquo et novo* (Gotinga, 1785 en 4.º) y que despues defendió en el Diario de Jurisprudencia contra algunas objeciones infundadas. Sin embargo, despues abandonó aquella opinion que tendia á establecer que en los tiempos antiguos las mujeres eran excluidas de la sucesion *ab intestato*, en cuya exclusion se comprendian tambien sus descendientes, y los agnados v. gr. la hija que estaba en poder del marido, la madre respecto de sus hijos y en lo sucesivo aun las mismas agnadas. Fundábase Hugo para formar esta opinion en que la ley *Voconia* excluia á las hijas de la sucesion testamentaria, y en que entre los germanos, las mujeres no heredaban jamas los bienes inmuebles.

§. 216. *Reflexiones generales.*

Las doce tablas no hacian mencion especial del modo de adquirir la sucesion por el heredero legítimo; pero no hay ninguna razon para dejar de creer que los principios admitidos respecto de los herederos testamentarios no fuesen igualmente aplicables á este caso, cuando circunstancias particulares no se oponian á ello.

Pregúntase ahora cual era la suerte de una sucesion que no se habia adquirido en virtud de un testamento, ni *ab intestato*. Todavia no se habia establecido que el Estado (*fiscus*) tuviese en general un derecho esclusivo sobre semejante herencia, y es muy probable que entonces una sucesion sin herederos se considerase del mismo modo que se miraban todas las otras cosas que no tenian dueño (§. 189), con la sola diferencia de que, cuando no se presentaba heredero, las cargas recaian sobre la persona que adquiria por medio de la tradicion la propiedad romana de la mayor parte de esta sucesion.

§. 217. *Adquisicion de una fortuna entera sin causa de muerte* (1).

Puede adquirirse una masa entera de bienes de otro modo que por causa de muerte, ya por efecto de la *maxi-*

(1) Gaji Inst. p. 149. 150.-- Inst. 3, 10, (11) *De adquisitione per adrogationem.*

ma capitis diminutio, que por otra parte no se indica aquí de una manera especial, ya por la *minima capitis diminutio*, es decir, cuando un hombre hasta entonces independiente caia bajo el poder de otro. Asi podian adquirirse por título universal todos los bienes de cualquiera, ya á consecuencia del matrimonio ó de la *in manum conventio* de una romana que no era *filia familias*, ya por la adrogacion. Sin embargo, el individuo bajo cuyo poder estaban las personas de que hablamos, no cargaba sin duda en todos los casos con las deudas de estas, de modo que estuviese obligado á pagarlas de sus propias rentas, pues que no aceptaba su fortuna sino con las restricciones de que trataremos mas adelante al hablar de las deudas de un individuo que está sujeto al poder de otro. No es cierto que la media capitis diminucion (*media capitis diminutio*) haya sido jamas un medio de adquirir por título universal. Los derechos puramente romanos de un hombre que perdia la cualidad de romano cesaban en el momento mismo de esta pérdida, y cuando el extrangero no pertenecia á uno de los pueblos aliados, no se tenia escrúpulo alguno en violar todos sus derechos.

TERCERA SECCION.

DE LAS OBLIGACIONES.

§. 218. *Falta de noticias que se ha esperimentado hasta la actualidad.*

Hemos tenido hasta ahora que lamentar que Ulpiano nos abandonase enteramente en la materia de obligaciones (*de obligationibus et actionibus*), y que las mismas Institutas no entren en este punto del antiguo derecho en tantos

detalles, como en otras materias. Los monumentos de que hemos hablado (§. 22. 2.ª fuente. 8). Son ciertamente en su mayor parte relativos á esta porcion del derecho civil, pero apenas servian para manifestarnos los muchos detalles importantes que hasta aquí ignorábamos sobre esta materia. Tal estado de ignorancia ha durado hasta que el manuscrito de Gayo ha venido á ofrecernos una nueva antorcha, aunque á decir verdad, esta obra no nos ilustra de un modo especial sobre las acciones en sí mismas, consideradas y tratadas con separacion de la obligacion particular á que pueden referirse. Parece muy probable, segun Gayo, que las *acciones de la ley* (*legis actiones*) tenian mucha semejanza con las obligaciones, y que tanto unas, como otras, consistian en ciertas acciones y en las relaciones que de estas acciones emanaban, respecto de una persona designada. Sin embargo, Gayo no dice que la palabra *actio* deba indicar solamente una accion contra una persona.

§. 219. *Relacion entre el acreedor y el deudor.*

La palabra *obligacion* no llegó á ser un término técnico, sino hasta el tercer período. Es probable que el término *nexus* le reemplazase antes de dicho tiempo. Las obligaciones se dividian en civiles y honorarias ó pretorias, division que bajo muchos aspectos existe igualmente en la doctrina de las personas y de las cosas. Las obligaciones civiles eran propiamente las únicas de que debiamos ocuparnos, porque eran tambien las solas que producian una accion. Una obligacion civil (*obligatio civilis*) es aquella en virtud de la cual un individuo (á quien se llamaba *reus* en las doce tablas (1) y *creditor* en lo sucesivo) tiene el dere-

(1) En el pasage *ats si plures erunt rei, tertiis nundinis partes.*

cho de compeler á otro por medio de una accion jurídica, á cumplir sus deberes, cualquiera que sea la dificultad que este último pueda experimentar para ello, y aun cuando le fuese necesario para verificarlo sacrificar su libertad personal, es decir, su condicion y todos sus derechos. La obligacion que en lo sucesivo se llamó natural (*obligatio naturalis*) es todo lo contrario que la precedente, pues solo da por resultado el mantenimiento de lo que ha podido ejecutarse dentro de sus límites, no permitiendo que se intente una accion para hacer efectivo el cumplimiento de lo que por ella se hubiere prometido: de aqui el que se considere civilmente como sino se hubiera cumplido. Pero los romanos no indagaban si puede existir una accion independientemente de todo vínculo como derecho positivo, es decir, si puede existir un deber de conciencia, y por consiguiente si la *obligacion natural*, sirviéndonos del lenguage de Tomasius debe pertenecer al derecho natural ó á la moral. A ningun jurisconsulto le ocurrió llamar obligaciones los deberes que estamos obligados á cumplir respecto de la sociedad, es decir, respecto de todos los hombres en general. Siempre que se empleaba esta palabra se sobreentendia necesariamente que habia ocurrido algun hecho, á consecuencia del que se hallaba uno obligado de un modo particular respecto de una persona designada.

§. 220. *Especies de sucesos ó hechos obligatorios.*

Como no se ha hablado mas que de las obligaciones civiles y no de las puramente naturales en los tratados generales que escribieron los antiguos sobre el derecho civil de los romanos, resulta necesariamente que el origen de las primeras es el único sobre el cual hallamos documentos en estos mismos tratados. Los jurisconsultos citan siempre dos clases de obligaciones civiles segun nacen de un contrato (*ex contractu*) ó de un delito (*ex delito, ex culpá* en las leyes romanas de los visigodos); esta era la marcha seguida por Gajo, como sabemos por un estracto de su obra. El mismo escritor refiere tambien en otro lugar otra tercera clase de obligacion: *proprio quodam jure ex variis causarum figuris.* Parece mas conveniente adoptar esta clase en un tratado dogmático sobre el derecho civil, que seguir á las Institutas, que admiten cuatro clases, á saber: ademas de las dos que acabamos de enumerar, los *cuasi-contratos* á continuacion de los contratos y los *cuasi-delitos* despues de los delitos.

§. 221. *Contratos.*

La palabra contrato no se encuentra en las doce tablas. Los jurisconsultos romanos posteriores á esta época la dan siempre un sentido ya mas estricto que la hace sinónima de *obligatio* y de *vinculum*, como tambien de *nexus*; asi estos no se sirven de ella mas que para designar los negocios en que hoy suponemos ante todo la existencia de un pacto ó de una convencion (*pactum, conventio*). Pero los romanos no iban tan lejos como nosotros; contentabanse con decir que un contrato era todo acto en el cual se percibia alguno de los caracteres de la convencion (1). No admitian que todo acto constituyese un contrato, pero seguramente y sobre todo en la época de que hablamos, no observaban con menos rigor su palabra que los demas pueblos contemporáneos.

(1) Fr. 1. §. 3. D. *Adeo autem conventionis nomem generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem quæ non habeat in se conventionem.*

Es creible que hubiese casos en los que fuese posible intentar una accion en virtud de un pacto, es decir, de indagar si existia una causa civil (*causa civilis*, como se la llama en el fr. 49, §. 2, D. 15, 1) que la erigiese en contrato: pero aun cuando admitamos que desde esta época existian ya semejantes casos, es indudable tambien que aun en ella no habia mas que dos, á los cuales se unieron en lo sucesivo otros dos. Estos dos casos eran, 1.° cuando la demanda estaba fundada en la tradicion que habia hecho el demandante de un objeto cualquiera (*res*); 2.° cuando en una promesa verbal (*verba*) (1) se habian observado todas las formalidades prescriptas por los usos romanos. Sin embargo, tambien sucedia en el segundo caso, es decir, con motivo de una promesa verbal, que uno estuviese obligado á probar la existencia del primer caso, esto es, que se tuviese que alegar la prueba de una tradicion hecha en virtud de esta promesa.

(1) Estas palabras *nexus* y *nexum* se hallan con una terminacion antigua en Ciceron, en Varron, en Festo y aun en Servio quienes las emplean como un término técnico muy importante. Los jurisconsultos romanos la hacen derivar aunque sin fundamento alguno de *nec suum* y no la atribuyen sino la significacion vulgar de union, enlace. La palabra *stipulatio*, cuya terminacion es moderna y cuya raiz indica que en este caso en un principio se pesaba el metal que se daba como precio, no se halla inscripta en las doce tablas. En estas los términos *æs confessum*, *depositum*, *nexum* y aun el de *fœnus* se hallan empleados como nombres de contratos. Es verosimil que el órden que siguen Gajus y las Institutas sea el mismo que siguieron los antiguos romanos. En la época cuya historia trazamos no puede tratarse todavia del contrato perfecto por la escritura (*litteral*) ni de los perfectos por el solo consentimiento, (*consensu*).

§. 222. *Contrato perfecto por la cosa* (1).

Cuando un individuo queria intentar una accion despues de haber entregado una cosa, se distinguia como se habia hecho esta tradicion. De dos modos podia haberla verificado, porque su intencion desde un principio podia ser, ó solo recobrar la cosa misma que habia entregado, ó al menos cambiar esta cosa por otra, ó por un servicio. Los casos de la primera especie, asi como los contratos perfeccionados por medio de *verba*, *literæ et consensus* tenian nombres particulares, al paso que estos de la segunda especie no los habian aun recibido. Los romanos, desde la época cuya historia describimos, hacen ya esta distincion, pero no se sirven para espresarla de los términos de contratos nominados (*contractus nominati*) y contratos innominados (*contractus innominati*), denominaciones que han introducido los modernos. Asi, las dos maneras de contraer la obligacion por la tradicion de la cosa existian ya efectivamente en la época que nos ocupa. Hallamos ademas en los antiguos jurisconsultos romanos la indicacion de cuatro contratos de la primera especie; los modernos, para designar estos contratos, emplean sin reflexion las palabras de *mutuum*, *commodatum*, *depositum et pignus*, al paso que entre los antiguos se llamaba de este modo la cosa misma que se daba de una de estas maneras, sirviéndose mas bien para designar la accion ó la operacion de entregarla del término *mutui datio* ó de otras circunlocuciones semejantes. Pero puede suceder muy bien que en el tiempo de las doce tablas la lengua latina no fuese todavia tan rica como llegó á serlo en lo sucesivo, y que

(1) Gaji Inst. p. 151.--Inst. 3, 14. (15) *Quibus modis re contrahitur obligatio.*

los romanos de aquella época no tuviesen mas que dos voces, á saber; 1.ª *æs* (1) ó en lo sucesivo *res creditæ et mutuum* para designar el contrato por el que se obligaba uno á restituir una cosa de la misma naturaleza y en la misma cantidad que la que habia recibido; y 2.ª *depositum* (2) cuando era necesario restituir el objeto en especie, es decir, la misma cosa recibida (*species*). En cuanto á la primera hipótesi, los descubrimientos recientes nos han demostrado que en lo sucesivo y aun quizá durante el primer período se tenia ya mucho cuidado en distinguir si la cosa que se entregaba asi en propiedad á otra persona era dinero contante (*pecunia certa credita* y tambien en la Galia cisalpina se decia del dinero romano *signata formâ publica populi romani*) ó si era de otra naturaleza. Por lo demas, Gajo pasa rápidamente la vista por la obligacion perfecta por la cosa, y donde se detiene mas despues es cuando habla del pago de la cosa de que uno equivocadamente se cree deudor (*indebiti solutio*): pero ni en su obra, ni en las Institutas se habla en este caso del juramento, del que sin embargo el Edicto perpetuo y las Pandectas tratan con este motivo.

§. 223. *Contratos innominados.*

Los diversos casos que los modernos designan bajo el nombre de contratos innominados, tales como el convenio en que uno se obliga á dar una cosa para que por medio de la reciprocidad se le de á él, ó se le haga alguna otra cosa,

(1) Aulo Gelio repite dos veces (15, 13 y 20, 1). Que las voces *æris confessi* se hallaban en las doce tablas.

(2) En las LL. Mos Coll. 107, se dice: *Ex causâ depositi lege XII Tabb. in duplum actio datur.*

do (y no solamente *dabo*) *ut des ó ut facias* y acaso tambien aquel en que uno consentia en hacer alguna cosa, para que en cambio se le hiciese ó se le diese otra *facio* (y no *faciam*) *ut des ó ut facias*, estos diversos casos, repetimos, debian ya sin duda en esta época dar lugar á acciones. Sin embargo, Gajo y las Institutas no hablan de ellas, y no es muy cierto que estas especies de obligaciones se mirasen entonces como contratos. Es probable, sin embargo, que cuando se queria por este medio que uno restituyese una cosa se tratára de compelerle á verificarlo aun antes de que se pensase en dar fuerza á semejante obligacion para hacer cumplir un deber.

§. 224. *Contratos que se perfeccionan por medio de palabras.*

Todos los contratos, sin exceptuar los synalagmáticos ó bilaterales que comprendian una obligacion recíproca, ni los que tenian por objeto la beneficencia, podian dar materia á una accion civil (§, 221) cuando, segun la costumbre romana, constaban de una interrogacion verbal (*stipulatio, interrogatio*) dirigida por el que se manifestaba acreedor y de una respuesta verbal á esta pregunta (*sponsio*, *responsio, promissio*) manifestada por la otra parte. Esta composicion de términos tenia analogía con la fórmula que se usaba para dar un plebiscito, la cual por esta causa se llamaba *communi reipublicæ sponsio*; tambien tenia semejanza con el juramento que se componia del mismo modo de una pregunta y una respuesta verbales. Era indispensable conceder cierto tiempo para que las partes pudiesen elegir palabras solemnes, de modo que debian haber reflexionado maduramente antes de obligarse. Con todo, no es este un motivo suficiente para creer que se daba mucha importancia á las palabras

empleadas por los estipulantes. La *estipulacion*, por lo demas, es un contrato que no puede nacer sino en un pais de mediana estension, y solo en un pueblo cuyas relaciones sociales son muy limitadas. Mas á pesar de esto se mantuvo largo tiempo en Roma aun despues que la república cesó de hallarse en un estado semejante al que acabamos de describir y al cual debió su introduccion. Bien es verdad, que siempre se exigia que al menos el acreedor que dirigia la pregunta (*dare spondes?*) fuese ciudadano romano.

§. 225. *Diferentes especies de estipulaciones.*

Podia tambien ser objeto de una estipulacion un negocio en el que no hubiese mas que verificar un simple cambio en la fórmula y añadir cláusulas. Este caso se presentaba cuando en un proceso, como sucede frecuentemente al menos en lo sucesivo, una de las partes estaba obligada á prometer alguna cosa á su contraria, ó bien cuando intervenia ya un *adstipulator* (1) de parte de aquel que se hacia prometer una cosa cualquiera, ya una caucion (*fidepromissor* ó *fidejussor*) de parte de aquel que prometia.

(1) *Adstipulator* se llamaba al que estipulaba con otro cuando este lo hacia con la condicion de que el contrato tuviese efecto despues de su muerte, pues como el estipulante no podia exigir el cumplimiento del contrato por la condicion que este envolvia, ni podia transmitir esta accion á sus herederos porque él mismo no la tenia durante su vida, se adoptó el medio de que este adjunto llamado *adstipulator* interviniera en el convenio, ejercitára despues su accion llegado el tiempo y diese cuentas como *adiectus solutionis gratia*.

§. 226. *Digresion sobre la doctrina del Fœnus.*

Gayo y las Institutas guardan un profundo silencio sobre un punto de doctrina que hace un papel muy importante en el derecho romano y del cual hablan aquellos mismos que no se remontan para hallar la fuente del derecho hasta considerar el estado de los romanos. Hablamos de lo que el deudor de una suma estaba obligado á dar por el uso que de ella hacia *usura*, voz que se empleaba tambien en el plural *usuræ* y que forma en cierto modo la relacion ó el producto de este dinero. Esto es lo que se llamaba *fœnus*, palabra derivada de *feo*, como en griego τοκος de τίκτω que algunas veces llevaba el nombre de *versura*, aunque á la verdad este término no se halla jamas en los escritos de los jurisconsultos. Hoy empleamos para designar este interes otros términos que no se han aplicado sino en los tiempos modernos y por una especie de respeto. Estos términos son los de *renta* (en aleman *zinsen* de *census*) é *interés* (de *id quod interest*). Esta renta del dinero, de la cual eran tan avaros los romanos (§. 26) era casi tan comun como la del cultivo de las tierras. Esta renta se pagaba todos los meses para lo cual se solia fijar uno de los primeros dias de la segunda mitad del mes siguiente, en cuyo término no pagándolos se exigian ya los intereses de estos intereses respectivos á aquel mes en cuya segunda mitad debieran haberse satisfecho, los cuales continuaban corriendo hasta el momento de la paga. Esto era lo que anunciaba aquel término que veian en Roma llegar tantas personas, las unas con temor, las otras con esperanza. El interes era muy subido en todas las circunstancias y apenas puede dudarse que las doce tablas no le hubiesen fijado ya una tasa

que el acreedor prestamista no pudiese traspasar. Aunque en lo sucesivo se haya establecido esta tasa sobre una base diferente, y aun se hayan buscado otros medios para aliviar la suerte de los desgraciados deudores, la necesidad en que se estaba de recurrir casi á cada instante á medidas nuevas indica bastante cuan poco correspondia ninguna de ellas al objeto que se habian propuesto llenar. Esto es, propiamente hablando, lo único que hay de esencial respecto á la doctrina de que nos ocupamos. El deseo de llegar en este punto á una precision exacta y rigorosa, deseo laudable siempre considerado en sí mismo, ha podido solo empeñar á ciertos críticos á dedicarse con esmero á explicar el *fœnus unciarum* establecido por las doce tablas segun Tácito, y sobre todo en explicarle de manera que impidiese que esta tasa se hallase en contradiccion con las expresiones de que los romanos se sirvieran en lo sucesivo para designarla, y con el órden natural de los sucesos (1). La palabra *uncia* que designa la duodécima parte de un todo expresó despues una relacion con otra tasa, es decir, con la *centésima usura*, de modo que *uno por ciento por mes* ó para conformarse á nuestro modo de hablar, el *doce por ciento* se entendia que era la tasa anual del interés. Otros autores creyeron que era imposible que la ley de las doce tablas hubiese fijado esta tasa al *uno por ciento* solamente y que un plebiscito posterior sobre la *semiunciarum fœnus* hubiese reducido este interés ya tan módico á un

(1) Tácito (Ann. 6, 16) está en oposicion con Tito Livio (7, 16 y 27.) Montesquieu dice (Espíritu de las leyes XXII 22) que por poco versado que esté uno en la historia romana, conocerá que semejante ley no debió ser obra de los Decenviros: á lo que Gibbon replica con razon que si por ventura Tácito era un hombre ignorante ó falto de juicio.

medio por ciento; otros no han querido tomar en cuenta la duodécima expresada por la palabra *uncia*, y han mirado el *unciarum fœnus* como sinónimo de la *centésima usura* sin alegar para esta analogía y para esta interpretacion otra razon sino que un mes es la duodécima parte del año (1). Sea esto lo que quiera lo cierto es que la opinion de los que piensan que la palabra duodécima se refiere á las duodécimas anuales reune muchas mas probabilidades en su favor. Niebhur ha confirmado hasta cierto punto esta hipótesis demostrando no hace mucho que corresponde exactamente con algunas indicaciones que se nos han suministrado en una época mas reciente y á una de las cuales Schrader ha hecho correcciones esenciales; pero por otro lado la ha rectificado tomando por base del cálculo el año cíclico de 10 meses y fijando asi la tasa del interés *de ocho y un tercio á diez por ciento.*

(1) Cuantas veces se ve á los acreedores quejarse de que han pagado mas de lo que importa el capital sin haber conseguido librarse mas que de los intereses! No puede sostenerse que el que necesita dinero quiera mejor vender sus bienes aunque sea por la mitad del precio que tomar prestado á semejante interés, porque el que pide prestado piensa satisfacer pronto su deuda y por consiguiente cree que no devengará grandes intereses, ó bien espera que la finca que podria vender le dé mas productos que lo que importan los intereses, ó en fin necesita mayor cantidad que la que vale la finca, la cual suele facilitarse en algunos casos.

§. 227. *De las fuentes de las obligaciones análogas á los contratos.* (1).

No puede menos de convenirse en que es difícil determinar cuales eran entonces los casos análogos á un contrato susceptibles de dar lugar á una accion civil. Sin embargo, es imposible que no se hayan ofrecido muchos de estos casos. Asi por ejemplo, se ha presentado realmente el de la obligacion del legatario para con los herederos (que llaman los modernos *hæreditatis aditio*). Tales eran tambien el caso de la obligacion del pupilo para con su tutor y algunos otros que ciertamente no se han designado en lo sucesivo bajo este nombre. En justicia el demandante obtenia igualmente la restitucion del duplo cuando el demandado habia negado la obligacion.

§. 228. *Adquisicion de la obligacion por el ministerio de otras personas* (2).

La máxima de que no se puede adquirir la propiedad por medio de un tercero, sino solamente por el de las personas que se hallan bajo su poder (§. 200), se aplicaba tambien á la cuestion de como uno podia llegar á ser acreedor por el ministerio de otras personas. La cesion (*cessio*) no podia tener el efecto de transferir á otro una obligacion; por el contrario, esta se extinguia en semejante caso. Las personas que estan bajo el poder de otro no pueden tampo-

(1) Instit. 3, 27, (28). *De obligationibus cuasi ex contractum.*

(2) Gaji Instit. p. 171, 172.--Instit. 3, 28 (29) *perquas personas nobis obligatio adquiritur.*

co adquirir obligacion alguna por sí mismas. Esta materia, cuando el derecho romano acabó de reunirse en un cuerpo de doctrina, termina la série de las consideraciones relativas á las obligaciones nacidas de un contrato ó de todo otro acto análogo y á las cuales se refieren efectivamente de una manera mas natural que á las obligaciones que resultan de un daño experimentado.

§. 229. *Manera de extinguirse una obligacion* (1).

Gayo y nuestras Institutas fijan el instante en que concluye una obligacion en el momento mismo en que ya no existe la causa principal de esta obligacion, sin que sea necesario aguardar á que la causa secundaria haya desaparecido igualmente. Las obligaciones se extinguen de tantas maneras diferentes de cuantas nacen (2), es decir, que en la época de que hablamos no cesaban sino por la tradicion de la cosa ó por las palabras, dos modos que parecen haberse unido y confundido en uno bajo el término de *nexu liberare*. La obligacion no se extinguia por la cosa (*re*) sino en el momento del pago, y por las palabras (*verbis*) solo en virtud de la *aceptilatio* (derivada quizá de *fersne acceptum*)? cuyo modo es evidentemente el contrario de la estipulacion. Los modos particulares de terminarse una obligacion designados en lo sucesivo bajo la calificacion de *per exceptionem* no estaban entonces mas desarrollados sin duda que el origen de la obligacion natural. La manera que se indica entre es-

(1) Gaji, Inst. p. 172.--176.--Inst. 3. 29. (30). *Quibus modis obligatio tollitur.*

(2) Fr. 153 (195). D. 50, 17 *Fere quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur.*

tos modos bajo el título de *annalis exceptio Italici contractus* (1) en particular, data de una época muy reciente como lo prueba el nombre que lleva, asi como una ley que á ella se refiere y de la que hace mencion Gayo.

CAPITULO IV.

DERECHO PENAL.



§. 230. *Clasificacion de los delitos.*

Los romanos dividieron los delitos en privados y públicos; privados llamaban los que se cometian directamente contra el individuo y por lo mismo nadie sino el ofendido tenia accion para perseguirle; y públicos los que se dirigian mas directamente á trastornar el Estado y acerca de los cuales podia acusar cualquiera del pueblo. Los primeros se dividen tambien en dos clases; una de los que afectan la fortuna de un individuo, y otra de los que afectan la persona.

§. 231. *Delitos que afectan la fortuna de un individuo.*

Los antiguos distinguian el hurto en diurno y nocturno: segun las doce tablas era lícito matar al ladron nocturno con tal que se gritase para comprobar el hecho.

El hurto se dividia ya en esta época en manifiesto y no manifiesto. Manifiesto se decia cuando se encontraba al ladron *infraganti* en el mismo sitio del robo ó en otro punto

(1) Const. 1. C. 7. 40. *De Annali exceptione Italici contractus tollenda.*

conduciendo el objeto robado. Las doce tablas distinguian para el castigo de este delito si le habian hallado armas al ladron al tiempo de cojerle, ó si no se le habian hallado. En el primer caso, la pena impuesta era diferente, segun la clase á que el reo pretenecia. Si era ingenuo y puber decia la ley: *si luci furtum faxit, sim aliquis endo ipso capsit, verberator inique cui furtum factum escit, addicitor*; es decir, que se la adjudicaba como esclavo al dueño (*addictio*) de la cosa robada despues de haberle azotado.

Si el ladron era siervo, la ley era mas severa, pues decia; *servus virgis cæsus, de saxo digicitor.* Es decir, que despues de azotarle se le arrojaba de la roca Tarpeya. Si era impuber se le azotaba á arbitrio del pretor, pero no se le daba en esclavitud.

En el caso de hallar armado al ladron las doce tablas disponian, *si se telo defensiut, quiritato, endoque plorato, post deinde si cœsi escint sine fraude esto.* Podia, pues, ser muerto impunemente segun esta disposicion con tal que el matador gritase, para lo cual se valia de aquella fórmula solemne. *Quirites vestram fidem, ó porro quirites.*

Hurto no manifiesto. Llamábase asi cuando el ladron no era cojido *infraganti*, pero no podia negar que hubiese robado. Acerca de este hurto decia la ley de las doce tablas, *si adorat furto quod nec manifestum escit duplione decidito*: *adorare*, segun Festo, significaba entre los antiguos *agere.* El sentido de la ley es que si el hurto no era manifiesto se castigase con el duplo. En cuanto al hurto que se designaba con la calificacion de *furtum, lance et lictio conceptum*, esta expresion no determina una especie particular de hurto, solo se refiere al modo de investigar que se usaba en los primeros tiempos. Este rito consistia en entrar desnudos los que iban á registrar una casa para

ver si en ella se hallaba la cosa hurtada, cubriéndose solo por la decencia con una faja que se rodeaban por la mitad del cuerpo y tapándose la cara con una máscara; el entrar desnudos era porque no se les atribuyese que introducian oculta en los vestidos la cosa hurtada (1). Contábase igualmente en el número de los delitos contra la fortuna el empleo que se hacia de materiales de construccion que pertenecian á otra persona, cuando el constructor rehusaba devolverlos (2) el cortar los árboles de otro, la usura, segun la ley que fijaba la tasa del interes del dinero (3), la infidelidad del tutor (4), y la reivindicacion que se hacia de mala fé y sin título *(vindicta falsa)* (5). En cuanto á otra porcion de daños, tales como el incendio causado por imprudencia y acaso tambien todos aquellos que no se hallaban previstos por las leyes y que atentaban directa ó indirectamente á las fortunas de los particulares, no traian consigo mas que una simple accion en resarcimiento del daño sufrido. Otros delitos habia que no atacaban á la fortuna sino á la persona misma del individuo ofendido, tales son los siguientes.

(1) Gajus (p. 178). Se burla de esta esplicacion de Festo.

(2) En muchos pasages encontramos que la accion de *tigno juncto* segun las doce tablas traia consigo la restitucion del duplo.

(3) *Cato de re rustica... Majores... in legibus posuerunt... condemnari fœneratorem quadruplo.*

(4) En varias partes se habla de una accion de restitucion en el duplo que se daba contra el tutor infiel, lo mismo que contra el ladron.

(5) Festo dice... in XII. *Si vindiciam falsam tulit sive stlitis* añadiendo *prætor* para completar el sentido *arbitros tris dato, eorum arbitrio fructus duplione damnum decidito.* Godofredo coloca esta máxima en la duodécima tabla.

§. 232. *Delitos que afectan la persona de un individuo.*

Dammun injuria datum. Apenas hay noticia de lo que disponian las leyes de las doce tablas acerca de este delito. Heinecio cree que solo imponian al reo el resarcimiento del daño, interpretando el testo de dicha ley que esta concebido en estos términos *qui rupitiat sarcito.*

Injurias. Las leyes de las doce tablas creyeron ya que las injurias debian ser castigadas. Los decenviros las dividieron en leves y atroces: acerca de las primeras decia la ley *si injuriam faxit alteri XXV æris pœnæ sunto.* Comprendiase bajo esta disposicion, no solo las injurias verbales leves, sino tambien las reales que no iban acompañadas de fractura de miembro, &c. La historia refiere en prueba de esto que un tal Neracio, hombre muy rico y perverso, se divertia en ir dando bofetones á cuantos hombres libres encontraba, á quienes quitaba todo derecho de queja dándolos en seguida 25 ases, para lo cual llevaba detras un esclavo cargado con un talego de aquella moneda.

Acerca de las injurias verbales atroces decia la misma ley: *si qui pipulo centa siet, carmenve condidit quod infamiam faxit, flagitiumve alteri fuste ferito.* Los romanos tenian por altamente injurioso el que se les ridiculizase por los poetas en sus sátiras ó epígramas. Los autores, pues, de estos versos infamatorios eran apaleados. *Fustuarium supplicium constitutum erat in auctorem carminum infamium.* Porph.

Respecto de las injurias reales atroces se expresaban las doce tablas en estos términos. *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto. Qui os ex genitali fudit libero CCC servo CL æris pœnæ sunto.* La mutilacion de un miembro era castigada con la pena del Talion, cuya disposicion te-

nia por objeto, segun algunos autores, el obligar á las partes por este medio á que se compusieran amigablemente; la fractura de un hueso solo se castigaba con una indemnizacion pecuniaria, la cual era doble en el hombre libre que en el esclavo.

§. 233. *Delitos públicos.*

Heinecio refiere que Rómulo trató ya de reprimir el crímen de lesa magestad. Despues en las doce tablas se dispuso que pagase con la vida el que promoviese en la ciudad reuniones nocturnas, y en otro lugar se decia, *qui hostem concitaverit, quive civem hosti tradiderit, capite punitor.*

Otro crímen detestaban sobremanera los antiguos; el homicidio, al cual por el horror que les inspiraba le denominaron parricidio. Segun Festo, Numa Pompilio fue el primero que para castigar este crímen dispuso, *si quis hominem liberum dolo sciens morti duit parricida esto.*

Las doce tablas tambien trataron de castigar este hecho criminal. *Qui malum carmen incantassit, malum venenum faxit duitve, parricida esto. Qui parentem necassit caput obnuvito culleoque insutus in profluentem mergitor.*

§. 234. *Penas.*

Segun el testimonio de Isidoro (1) se conocian entre los romanos ocho clases de penas, á saber: 1.ª La multa *(damnum)*, la cual en el principio, en que apenas era conocido el dinero, consistia en cabezas de ganado; la mayor no pasaba

(1) Tomo III, p. 212, de la edicion de Faustino Arevalo.

de dos obejas y treinta bueyes. 2.ª *Vincula*; la cárcel ó prision donde se oprimia á los reos con cadenas y grillos que les sujetaban los pies y las manos, y ademas una argolla para el cuello. 3.ª *Verbera*, los azotes que daban con varas y látigos. 4.ª *Talio*; es decir, el sufrir igual daño al que se ha causado, ojo por ojo, miembro por miembro. 5.ª *Ignominia*; era el deshonor ó infamia que imponia la ley ó el pretor, cuyo efecto era la incapacidad de ser testigo *improbus intestabilis*, en lo sucesivo *famosus, infamis.* En la época del censo la autoridad imponia esta pena, ya excluyendo al que la sufria de la órden de senador ó caballero, ya escribiendo en el padron del censo y á continuacion de su nombre una nota en la que se censuraba su conducta (*ignominia nota* y acaso tambien *nota censoria*). 6.ª *Exilium*; aunque esta mas bien parece se introdujo en el segundo período. 7.ª *Servitus*; la servidumbre: de esta hemos hablado con bastante detencion. 8.ª *Mors*, la muerte era natural ó civil: esta última consistia en la pérdida de todos los derechos, y se experimentaba en el destierro y la esclavitud. La muerte natural consistia en la horca, la decapitacion, ó bien se verificaba precipitando al reo de la roca Tarpeya, ó de la parte de la prision mas fortificada llamado *Robur*, ó bien crucificándole.

CAPITULO V.

INSTITUCIONES JUDICIARIAS.

PROCEDIMIENTO CIVIL.

§. 235. *Magistrados encargados de administrar justicia.*

La administracion de justicia es de todas las instituciones públicas la que mas interesa al derecho civil. En la época de que hablamos no se habia introducido todavia como principio fundamental de esta administracion la distincion establecida entre: 1.° los poderes concedidos bajo este aspecto á un *magistrado populi romani*, que por consiguiente deberia ser entonces un patricio, ó en general cualquier individuo que se designaba especialmente por un año entero: y 2.° los poderes delegados por la autoridad superior en un caso determinado y con consentimiento de las partes, ya á un simple particular que podia ser un plebeyo, ya en fin á muchos individuos, de los cuales cada uno tomaba el nombre de *judex ó de arbiter*, que corresponde á lo que nosotros llamamos *jurado*. Sin embargo, es preciso observar que el nombre de *judex* no se les ha dado sino por los modernos, y acaso por una falsa interpretacion (vide arriba §. 229) de diversos pasages en que es posible que se hablase, no de un juez de esta especie, sino de un juez delegado (*judex pedaneus* χαμαιδικαστ). La facultad de los primeros se estendia hasta establecer un sistema judicial completo para todo el tiempo que duraban sus funciones; este derecho, que se llamaba *jurisdictio*, se consideraba como uno de los ramos mas importantes del poder supremo, del *imperium*, y aun despues llevó el nombre de *imperium mixtum*, para distinguirle del que se ejercia en las diversas circunstancias en que no se trataba de administrar justicia. Los segundos por el contrario debian limitarse á conocer y juzgar el hecho que se sometia á su decision. Esto era lo que se llamaba *judicium* y por consiguiente *judicare*. Pero, volvemos á repetirlo, como esta distincion de poderes no se habia establecido todavia en la época de que hablamos, no se pensaba tampoco en separar el poder de dirigir la accion y hacer ejecutar la sentencia del de examinar y apreciar los hechos y los medios sobre los cuales estaba dicha accion apoyada (1). La peticion que se hacia para que se designase un juez (*judicis postulatio*) no era entonces sino una de las cinco especies de *legis actio* (§. 240. II.) este trámite hizo grandes progresos en lo sucesivo y aun contribuyó sobremanera para que se consolidasen las máximas del derecho, porque el magistrado jamas podia excusarse de aplicarle escudándose con alguna de las circunstancias particulares del hecho. Otro punto tambien muy digno de notarse era la publicidad que se daba á todo el procedimiento (2) y la responsabilidad que en Roma pesaba sobre un solo magistrado, al paso que en Atenas estaba repartida entre cien individuos, y que entre nosotros lo está al menos entre los muchos jueces que componen un tribunal. De este modo fue como en Roma, donde el caracter del pueblo facilitaba este medio, el derecho civil se for-

---

(1) Bach manifestó ya esta opinion, pero la prueba en que la funda de que la historia no habla del *judex* en la causa de Virginia es muy débil en atencion á que en este procedimiento solo se trataba de una vindicacion, respecto de las que jamas se nombró *judex* ni aun en épocas anteriores.

(2) *In comitio aut in foro ante meridiem causam conscito.*

mó sobre bases mas fijas y uniformes que en los demas paises, sin que fuera necesario tampoco multiplicar las leyes para contener á la autoridad en sus justos límites. En Roma se exigia de un magistrado superior que administrase la justicia con cuanta asiduidad le permitiesen sus demas ocupaciones diarias (*asidue jus dicere*); exigiase igualmente de él que fuese imparcial, y que no tratase de conseguir la estimacion de un ciudadano cometiendo contra otro una injusticia (*equum jus dicere*), ó que no obrase *ambitiose*. Si por desgracia ocurria que un año se encontrase á la cabeza del Gobierno un hombre malvado ó incapaz, semejante plaga no se hacia sentir solamente en la administracion de justicia. Hay mas, y es que este era entre los diversos ramos de la administracion en el que era mas soportable la autoridad de un individuo porque por medio de la intercesion de sus cólegas ó de un tribuno del pueblo, habia el recurso de prorrogar el negocio hasta el año siguiente, para el cual podia esperarse hacer una eleccion menos funesta.

§. 236. *Procedimiento civil.*

Toda accion judicial comenzaba por la citacion de la parte contraria ante la autoridad, á lo que se llamó *in jus vocare*, tambien *in jus vocatio*. (1) Era un principio general que la parte contraria estaba obligada á seguir al demandante, sin aguardar el mandamiento expreso del juez. Si el demandado rehusaba venir, el demandante tenia el derecho de traerle por fuerza (*oblorto collo*) ante el magistrado. Respecto á este punto no se tenia consideracion alguna á la edad

(1) Aulo Gelio (13, 12 y 13.)

ni al estado de enfermedad física ó moral del emplazado (1). Los convenios ó transacciones verbales que interesaban á las partes, y acaso solamente las que se verificaban en el espacio que se empleaba para ir al tribunal, eran las que ejercian mas influencia que cualquiera otra cosa en el modo con que iba á entablarse el procedimiento.

§. 237. *Vades.*

Ya se hablaba en las doce tablas de las cauciones (*vades et subvades*) que las partes daban para asegurarse mútuamente de que estaban prontas á presentarse á la justicia en la época designada. No sabemos con exactitud por que cayó este medio en desuso, siendo asi que largo tiempo despues se empleaba frecuentemente la palabra *vades*. La expresion *morbus sonticus* (2) y sin duda tambien la de *status dies cum hoste* se encontraban en esta ley, en la cual debian probablemente indicar el motivo que impidiese á alguna de las partes el presentarse: mas no es tan cierto que en ella se encontrasen las palabras *votum* y *reip. causa abesse*, pues la afirmativa de esta duda solo se funda en lo que Gayo dice sobre este punto en su primer libro. Hallándose ya las partes ante el magistrado llenaban las formalidades que requeria cada accion y que detalladamente explicamos en los §§. 240 y sig.

(1) Gell. 2o. 1. *Si morbus ævitasve vitium escit qui in jus vocabit jumentum dato. Si nolet arceram ne sternito.*

(2) Fr. 2. §. 1. D. 2, 11. *Et ideo etiam lex XII Tabb. si judex vel alteruter ex litigatoribus morbo sontico impediatur jubet diem judicii esse diffisum.*

§. 238. *Lugar tiempo y publicidad de los juicios.*

La justicia se administraba públicamente y esta forma protectora se conservó siempre y en todos tiempos. La ley de las doce tablas habia determinado el lugar, el tiempo y la duracion de los debates judiciales. *Rem uti pagunt ni pagunt in comitio aut in foro ante meridiem causam conjiciunto (alii conscito) quem perorant ambo presentes; post meridiem stlitem addicito; sol occasus suprema tempestas esto* (1). Asi era que cuando el proceso no podia terminarse en el mismo dia, al ponerse el sol se interrumpia el procedimiento y se dejaba para cuando hubiese salido en el siguiente dia.

El tribunal tenia la forma de un paralelógramo, cuyo fondo formaba un semicírculo, en el cual se elevaba la silla curul en que se sentaba el magistrado, colocándose alrededor en sillas menos elevadas los asesores. Los abogados, los alguaciles y el público ocupaban lo demas del recinto. Tambien podian los pretores trasladar á otro punto su tribunal cuando lo juzgaban conveniente. *Tribunal posuerunt*, dice Tit. Livio.

Tambien se hallaba ya admitido en esta época el principio de no permitir que uno entablase por otro una accion en justicia, cuando aquel no tenia un interés directo en la cosa, á no ser que lo hiciese en nombre de una corporacion (*pro populo*), en el de un esclavo privado de su libertad (*pro libertate*) ó en nombre de un pupilo (*pro tutela*).

---

(1) Cic. *ad Hereum. II.* 13. *Aul. Gelio. XVII.* 2.

§. 239. *Acciones en general.*

Las leyes, al dar derechos á los ciudadanos, no les concederian ventajas positivas, si no proporcionasen al mismo tiempo los medios legales de que debieran valerse para obtener, conservar, ó recobrar el goce de estos mismos derechos. Estos medios que se presentan en la práctica bajo de aspectos tan varios se designan en el lenguaje jurídico con la expresion genérica de *acciones*. Son, pues, las acciones en último resultado un recurso que la persona cuyos derechos son desconocidos ó despreciados por otra tiene para que venga en su socorro la autoridad pública, instituida en todos los paises para protejer el honor, la vida y la fortuna de los ciudadanos.

La palabra accion (*actio*) es sin embargo una de aquellas que presentan mas acepciones diferentes en la lengua y particularmente en el derecho de los romanos. En el sentido mas general es sinónima de *efecto*. Despues ha significado sucesivamente la *accion propiamente dicha*, la accion jurídica y la fórmula misma ó la demanda en donde se expresa esta accion. En fin, acompañada de la palabra *legis* (*legis actio*) y considerada con relacion á un plebiscito indica en el derecho público la aptitud para demandar ó para ser demandado en justicia, al paso que en el derecho civil, donde tambien se encuentra frecuentemente el término de *legitima actio*, quiere dar á entender la queja ó el medio jurídico de que se usa para verificar una transmision con el auxilio del magistrado ó sin él y llegar de este modo á entrar en su derecho. El sistema de las acciones de ley (*legis actiones*) se remonta en Roma á los tiempos mas antiguos. En ellos estas acciones eran ciertas formalidades complicadas, compuestas de gestos, actos y palabras determinadas con

tan rigorosa precision que la menor omision ocasionaba la pérdida del pleito. Este modo antiguo de proceder era poco conocido antes del descubrimiento de las Institutas de Gayo. Sin embargo, por preciosas que sean las noticias que este descubrimiento nos ha proporcionado, todavia se hallan por desgracia muy lejos de ser tan completas, que resuelvan todas las dudas que se suscitan á cada paso en este ramo importante de la historia del derecho romano. Segun Pomponio, las *legítimas acciones* no se desarrollaron sino en una época posterior al tiempo de las doce tablas, y Gayo cita tambien algunas *legis actiones* que no se determinaron de un modo preciso, sino en lo sucesivo y por medio de los plebiscitos. Sin embargo, podemos y aun debemos hablar ya aqui de la importante division que Gayo estableció entre las *legis actiones* que fueron reemplazadas en lo sucesivo por las *fórmulas* (*formulæ*). Admite cinco clases, de las cuales la primera está designada por un ablativo, al paso que el nombre de todas las otras está precedido de la preposicion *per*, diferencia que quizá no se deba mirar como enteramente accidental y arbitraria. Por consiguiente segun él, se puede obrar en justicia (*lege agere*): 1.º *Sacramento*: 2.º *Per judicis postulationem*: 3.º *Per condictionem*: 4.º *Per manus injectionem*: 5.º *Per pignoris capionem*. Estas *legis actiones* no son acciones especiales en el sentido que se dió en lo sucesivo á esta palabra, sentido, que indicaba la reclamacion que se hace de tal ó tal derecho; son mas bien formas para proceder en justicia. Las tres primeras se refieren al procedimiento judicial propiamente dicho, porque tienden á obtener una decision: las dos últimas son medios de ejecucion, y por consiguiente pertenecen mas bien al procedimiento extrajudicial. En cuanto á las acciones especiales, esta primera época no nos ofrece mas que un simple vestigio de una sola de ellas, el cual mas desarrollado dió en lo sucesivo origen á lo que se llamó interdicto (*interdictum*). Consistia este en la disposicion por cuyo medio las doce tablas prescribian la garantia de los daños que podia causar la lluvia.

§. 240. *Examen particular de diversas especies de legis actiones.*

I. ACTIO SACRAMENTI.

a. *Del sacramentum en general.* En los primeros tiempos de Roma cada uno de los litigantes debia ante todo depositar en manos del pontífice cierta suma. Esta suma se designaba bajo el nombre de *sacramentum*, porque la del que perdia el negocio era confiscada y aplicada á las necesidades del culto *ad sacra publica* (1). El *sacramentum* era, pues, una pena que se imponia al litigante temerario ó de mala fé. En tiempos posteriores en vez de una consignacion real, las partes daban simples garantias *prædesque eo nomine prætori dabantur* (2). El importe del *sacramentum* se fijó por las doce tablas y variaba segun la naturaleza ó importancia de los negocios. En efecto, cuando el valor de la cosa litigiosa era de mil ases ó mayor, la cantidad exigida era de quinientos ases, y si el valor de aquella era inferior al dicho ó se litigaba sobre la libertad, entonces solo se exigian cincuenta ases. La *actio sacramenti* era general: se

(1) Festus, v.º *Sacramentum*.--Varron Ling. lat. 44.
(2) Gajus Comm. IV. §. 13.--Varro Ling. lat. IV. 4. 5. 7. Festus v.º *Prædes*.

aplicaba á todos los negocios ya reales, ya personales y por lo comun á todos los que no tenian marcado por la ley un procedimiento particular.

b. *De la actio sacramenti en los procesos relativos á una obligacion.* La parte del manuscrito de Gajo en que habla de este punto no ha sido posible leerla, pero Mr. Heffter le ha interpretado asi. Hallándose las partes presentes ante el magistrado el demandante decia al demandado; *Quandò in jure te conspicio postulo an fias auctor qua de re meum nexum fecisti?* Si el demandado respondia negativamente el demandante continuaba: *quando negas sacramento quingenario te provoco si propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem.* A esta provocacion contestaba el demandado: *quando ais neque negas me nexum fuisse tecum, qua de re agitur similiter ego te sacramento quingenario provoco si propter me fidemve meam captus fraudatusve non sies.* Despues de estas recíprocas provocaciones las partes pedian se les señalase un juez, lo cual obtenian despues de un término de 30 dias. Segun que este decidia en pró ó en contra del demandante era declarado *justum* ó *injustum* el *sacramentum*. En el primer caso, el demandado recogia la suma que habia consignado y ganaba en el pleito: el segundo perdia ambas cosas, la cantidad consignada y el pleito. De aqui las expresiones que se encuentran en los autores clásicos y especialmente en Ciceron. *Justo sacramento contendere.... sacramentum justum judicare.... injustis sacramentis petere*, &c. (1).

c. *De la actio sacramenti en los litigios relativos á la propiedad.* Los romanos consideraban la conquista como el título mas legítimo para obtener la propiedad. *Maxima sua esse*

(1) Cicer. *pro Cæcin.* 33, *pro Domo*, c. 29: *de orat.* 1, 10: *pro Milone*, 27.

credebant quæ ex hostibus cœpissent (1). El procedimiento por cuyo medio los particulares disputan acerca de la propiedad de una cosa ofrece la imagen de un combate (*manum consertio*). Pero en este punto debemos distinguir los muebles de los inmuebles. El mueble litigioso se llevaba ante el magistrado (*in jure*). El demandante tomando en la mano una varita, á la que llamaban *festuca* ó *vindicta* y que representaba la lanza, cogia con la otra mano la cosa y pronunciaba las palabras siguientes: *Hunc ego hominem* (si era un esclavo) *ex jure quiritium meum esse aio secundum suam causam, sicut dixi ecce tibi vindictam imposui*: y al mismo tiempo tocaba el objeto reivindicado con su varita. El demandado hacia por su parte lo mismo. En seguida los dos adversarios se cogian las manos para simular el combate *manum conserebant*; y el pretor les decia entonces *mittite ambo hominem.* Ambas partes obedecian soltando al mismo tiempo la cosa, despues de lo cual el que la habia reivindicado el primero dirigiéndose á su contrario, decia: *Postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris?* A lo que este contestaba: *Jus peregi sicut vindictam imposui.* Despues pasaban á constituir el *sacramentum* y finalmente pedian un juez. El pretor entonces daba provisionalmente la posesion á uno de los litigantes designando de este modo quien habia de hacer de demandante y quien de demandado, y el pleito continuaba como hemos dicho respecto del que se referia á una obligacion. El que obtenia la posesion interina debia garantir la restitucion del objeto litigioso y de los frutos percibidos durante la posesion, en el caso de que su adversario triunfase en el pleito. En cuanto á los bienes inmuebles y otras cosas

(1) Gajus Comm. IV, §. 16.

que no podian llevarse al tribunal habia otra formalidad que llenar que era la *deductio*, la cual consistia al principio en constituirse las partes con el magistrado en el terreno litigioso ó en el lugar en que se hallaba la cosa que era objeto del litigio y verificar alli con la varita las ceremonias que hemos ya referido, consignando tambien el *sacramentum*. Posteriormente, no teniendo sin duda los pretores tiempo para acompañar á las partes, iban estas con testigos á cumplir con aquella ceremonia, llevando despues ante el pretor una parte de ella, como un terron, si se trataba de un campo, ó un ladrillo, si versaba la contienda sobre una casa, y sobre aquella parte, símbolo del objeto, se completaba la reivindicacion en presencia del magistrado. En fin, en tiempos de Ciceron las partes ya no se trasladaban al sitio litigioso, sino que simulaban la *deductio*, como simulaban ya la *in manum consertio*. Este célebre jurisconsulto en su discurso *pro Murena* se burla de semejantes ficciones tan ridículas como estravagantes, asi como de las estrictas fórmulas que en ellas se usaban, para no tergiversar las cuales habia jurisconsultos que se las referian al oido á las partes para que estos las repitiesen, y concluye con estas palabras: »Mientras que estas fórmulas fueron un mis»terio, preciso era recurrir á los versados en ellas; pero »cuando su publicidad y la costumbre de servirse de ellas las »dieron á conocer á todos, se las halló tan vacías de sentido »como llenas de necedad y mala fé (1).»

(1) Cic. *pro Murena*, c. 12.

II. *Actio per judicis postulationem.*

El parage en que Gajo explica esta accion falta del manuscrito, por lo cual los estudiosos jurisconsultos alemanes no estan de acuerdo acerca de su explicacion. Tigerstroem cree que no era una accion separada, sino la parte de la *actio sacramenti* en que se señalaba el juez que habia de decidir el asunto. Esta opinion, sin embargo, se halla rebatida por Mr. Bonjean en un folleto en que expone históricamente el sistema de las acciones entre los romanos. Este autor, fundándose en ciertas palabras de Gajus que se encuentran en los trozos íntegros que se han hallado de su manuscrito, relativos á este punto, ha manifestado que la *judicis postulatio* era una verdadera accion distinta de la *actio sacramenti* y de la *condictio*, puesto que á no ser asi no hubiera enumerado Gajo cinco acciones, como lo hace, sino cuatro. Por lo demas, acerca de la naturaleza de esta accion no se ha hecho mas que proponer conjeturas sin poderse lisonjear de haber acertado con la realidad. La opinion de Mr. Bonjean es que desde muy antiguo habia dacion de juez, tanto en la *actio sacramenti*, como en la *judicis postulatio* y que la principal, sino la única diferencia, que habia entre estas dos acciones consistia en que en la primera cada parte, ademas del riesgo de sucumbir en su pretension, corria el de perder el importe del *sacramentum*, al paso que en la segunda no habia este peligro. Es creible tambien que las partes tuviesen en general la facultad de elegir entre estas dos acciones, sin embargo de que desde el principio debieron determinarse ya ciertas causas en las cuales una de las partes no podia obligar á la otra á correr los riesgos del *sacramentum*; esta conjetura adquiere casi el carácter de evidencia al verla confirmada por el siguien-

te pasage que refiere Gajus *Sacramenti actio generalis erat, de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, his sacramento agebatur* (1) al hablar de las principales acciones respecto de las cuales la misma ley de las doce tablas habia ya ordenado que se encomendase su decision á árbitros. Entre estas acciones hallamos principalmente la *actio familiæ erciscundæ* y la *communi dividundo* (2), en las que la provocacion al *sacramentum* hubiera sido enteramente contraria á los sentimientos de benevolencia y fraternidad que segun los romanos debian reinar entre los coherederos ó consocios (3). Por lo demas, seria ridículo con los escasos datos que tenemos querer determinar la tramitacion que se seguia á consecuencia de la *actio per judicis postulationem*. Solo poseemos respecto de este punto la fórmula que nos ha conservado Valerio Probo concebida asi, J. A. V. P. U. D. (*Judicem arbitrumve postulo uti des*), pero nada nos indica que esta fórmula dejase de aplicarse á todas las acciones en que habia lugar al nombramiento de un juez.

III. *Actio per condictionem.*

Acerca de la antigua *condictio* no poseemos mas que un fracmento mutilado de Gajus en un insignificante párrafo de las Institutas de Justiniano. En la antigua lengua romana *condicere* tenia el mismo sentido que *denunciare* denunciar, anunciar. La accion de que hablamos se llamaba, pues, *condictio*, porque el demandante denunciaba, es de-

(1) Gajus Comm. IV, §. 13.
(2) Cir. *pro Cæcin.* c. 7. *Paul*, *Sent. recept.* lib. 1, t. 1, D. 1, 3, 4. Gajus, L. 1, D. *fam. erciscum.*
(3) Ulp. L. 63. D. *pro Socio.*

cir, notificaba, requeria, intimaba á su adversarío para que compareciese en el término de 30 dias ante el magistrado para que este les nombrase un juez (1). Esta accion no es tan antigua como las otras que hemos explicado: la introdujo la ley *Silia* para que se usase en las demandas en que se reclamaba una cantidad determinada de dinero (*certa pecunia*) y despues la extendió la ley *Calpurnia* á toda demanda personal en que se pedia una cosa cierta (*de omni certa re*). No sabemos porque se introdujo esta accion especial para reclamar lo que á uno se debia (*qua intendimus dari nobis opportere*), teniendo ya para conseguir lo mismo las acciones *sacramenti* y *per judicis postulationem*. Tambien ignoramos en que se diferenciaba esta accion de la peticion de juez que establecia la ley *Pinaria* y de la *judicis postulationem*. *Non omnium quæ á majoribus tradita sunt ratio reddi potest.* Sin embargo, lo que es cierto é importante es que esta accion se referia á una cosa cierta que se debia á alguno (*certi de eo quod nobis dari opportet*).

IV. *Actio por manus injectionem.*

Manus injectio designa en general el acto de cojer con la mano una cosa. Cuando este acto se verificaba ante el juez de un modo solemne y constituia una de las fórmulas del juicio, formaba la accion que explicamos. *La manus injectio* difiere de las tres acciones que hemos explicado en que esta no daba nunca lugar al nombramiento de un juez y se diferencia tambien de la *pignoris capio*, que explicaremos á continuacion, en que la *pignoris capio* no pasaba ante el

(1) Gajus Com. IV §. 18: Justin. §. 13. Instit. de actionib.

pretor. Esto supuesto, debemos indagar; 1.° en que casos se empleaba la *per manus injectio* y como se empleaba esta accion; 2.° cual era la condicion de las personas respecto de las que podia emplearse esta accion.

La manus injectio es una accion especial de que no podia hacerse uso sino en ciertos casos determinados por una ley. Pueden distinguirse tres especies diferentes de ella, *judicati*, *pro judicato*, *et pura*. *La manus injectio judicati* es la mas antigua. Fue establecida por las doce tablas como medio de ejecucion forzosa de los juicios. El que ejercia esta accion decia *quod tu judicatus sive damnatus es sextertium decem millia quœ dolo malo non solvisti*, *ob eam rem ego tibi sextertium decem millia judicati manus injicio*, y al mismo tiempo cojia á su adversario por cualquier parte del cuerpo. El reo no podia desasirse ni obrar contra el acreedor; pero debia dar un fiador (*vindex*) que se obligase á defenderle (1). El que no podia dar fiador era conducido á la casa del acreedor donde se le sujetaba con cadenas.

Muchas leyes extendieron la *manus injectio* á varios casos en que no habia habido condenacion formal, sino que se habia dado una autorizacion al acreedor para que obrase como si hubiera habido verdadero juicio (*pro judicato*). Gajus cita entre otras la ley *Publilia* que autorizaba este medio de coaccion contra el que habiendo dado caucion por medio de un *sponsor*, no reembolsaba á este en el término de seis meses de las sumas que habia pagado por él. En la *manus injectio pro judicato*, asi como en la *manus injectio judicati* al demandado le estaba prohibido desasirse; debia dar un *vindex*. No sucedia lo mismo con la *manus injectio* que Gajus llama *pura*, pues en esta el reo podia desasirse y defender él mismo su causa. Tampoco pronunciaba en ella el demandante las palabras *pro judicato*, sino que enunciaba simplemente la causa por la que obraba, y terminaba con estas palabras; *ob eam rem ego tibi manum injicio*. Esta *manus injectio* menos rigorosa se estableció por varias leyes para casos muy diversos; de ejemplo puede servirnos la ley *Furia* sobre testamentos la cual la concedia contra el que en oposicion á lo que dicha ley disponia hubiese recibido á título de legado ó de donacion por causa de muerte mas de mil ases. La ley *Marcia* permitia tambien obrar de este modo contra los usureros y por fin, otra ley cuyo nombre no puede leerse en el manuscrito de Gajus y que Savigny cree que es la ley *Aquilia* extendia á todos los casos, excepto á dos, la facultad en el reo de desasirse y defender su causa.

(1) Gajus Comm IV. §. 23.

Pasemos ahora á examinar cuales eran las consecuencias de la *manus injectio* y cual la suerte del deudor despues de la *additio* que seguia á su aprehension. Aulo Gelio nos ha transmitido sobre este punto noticias tan interesantes que á él debemos el conocer el testo de las doce tablas que estaba concebido en estos términos. *Æris confessi debitique jure judicati triginta dies justi sunto*; *post deinde manus injectio esto*; *in jus ducito*; *in judicatum facit*, *aut qui endo an jure vindicet secum ducito*; *vincito aut nervo aut compedibus quindecim pondo ne majore aut si volet minore vincito. Si volet suo vivito*; *ni suo vivit qui an vinctum habebit libras farris endo dies dato*; *si volet plus dato* (1). El deudor que era condenado ó confesaba la deuda ante el magistrado te-

(1) Aul. Gelio. Noct att. XX, 1.

nia un término de 30 dias para satisfacerla. Transcurrido este término el acreedor citaba á su deudor ante el magistrado y ejercia contra él la accion *judicati per manus injectionem* como hemos descrito arriba: entonces podia ocurrir una de dos cosas, á saber: ó que el deudor pagase ó encontrase un *vindex* que se encargase de su deuda, en cuyo caso se libraba ya respecto del acreedor, quien solo tenia desde entonces derecho contra el *vindex*; ó que el deudor no pudiese pagar ni encontrase fiador, en cuyo caso el acreedor le cojia y el pretor se le adjudicaba (*addictio*) llevándosele por consiguiente á su casa donde le tenia encadenado.

La ley, sin embargo, para reprimir el excesivo mal trato que usaban los acreedores respecto de sus deudores, fijó el peso de las cadenas que no podia esceder de quince libras y el alimento, el cual consistia como el de los esclavos en una libra de harina por dia (1). Desde el momento que se le llevaba á su casa comenzaba á correr nuevo término de sesenta dias, durante el cual podian entrar en transaccion. Mientras corria este término y en tres dias consecutivos de mercado el acreedor llevaba al deudor ante el magistrado y manifestaba la suma por la cual habia sido condenado; en el tercer mercado si nadie se habia presentado haciendo proposiciones al acreedor sobre el pago de su deuda ó constituyéndose en fiador del deudor, era este despojado de todos sus derechos y convertido en esclavo, imponiendo á su señor la obligacion de venderle al extranjero (*peregre trans Tiberim*), sin duda para que le fuese mas dificil recobrar por medio de la manumision su cualidad de ciudadano romano. Cuando los acreedores eran muchos po-

(1) L. 34 D. de re jud. L. 45. et L. 234. D. de verb. signif.

dian dividir el cuerpo del deudor, *tertiis nundinis in partes secanto si plus minusve se fraude esto*. Muchos autores modernos manifiestan que no debe de entenderse esta ley al pie de la letra; pero es imposible seguir su opinion cuando los célebres escritores, Aulo Gelio (1), Quintiliano (2) y Tertuliano (3) estan tan explícitos en este punto que no permiten dudar que en las doce tablas se consagrase este tan bárbaro derecho. Ademas nos consta que entre los romanos á mediados del tercer período se entendia por la expresion *in partes secanto* la division material del deudor en pedazos.

Pero volvamos sobre un punto que merece ilustrarse.

Cuando el magistrado adjudicaba al acreedor el deudor y por consiguiente el primero llevaba á su casa al segundo, este recibia el nombre de *addictus*, es decir, *adjudicatus*. Este *addictus* no era propiamente esclavo; segun derecho era libre, pero de hecho estaba en servidumbre. Su posicion era la contraria de la del *statu liber*, porque el *addictus* es libre mientras que no pasa el tiempo en que puede pagar: el segundo es esclavo mientras no paga. Tampoco debemos confundir el *addictus* con el *nexus*. Habia obligaciones para cuya seguridad el deudor se sometia voluntariamente á una esclavitud análoga á la que resultaba de la *addictio*; esto es lo que propiamente se llama *nexus*, espresion, sin embargo, que en los primeros siglos de Roma designaba todas las obligaciones que se contrataban *per æs et libram*, de las cuales la que ahora referimos no era mas que un caso particular. Cuando se celebraba, pues, dicho convenio, si al cumplir el plazo no pagaba el deudor el acreedor reivindicaba el *nexus* y hacia que se le adjudicase como el *addictus*. Entre el *ne-*

(1) Aul. Gel. Noct. att. XX.
(2) Quint. Inst. orat. III, 6.
(3) Tert. Apolog. c. 4.

xus y el *addictus* habia, pues, las siguientes diferencias; 1.ª el nexus sufria *capitis diminutio* por el hecho de la mancipacion voluntaria á que se sometia; no asi el *addictus*; 2.ª el *nexus* llevaba tras si á su familia y bienes, el *addictus* pasaba él solo al poder del acreedor, 3.ª el *addictus* en pagando quedaba libre, el *nexus* necesitaba ademas de una manumision; 4.ª el *nexus* que se libraba del acreedor quedaba, sin embargo, cuasi liberto suyo; nada de esto le sucedia al *addictus*. El *nexus* fue abolido por la ley Petilia el año XIX de Roma. En cuanto á la *addictio* no nos consta que se haya abolido jamás formalmente, pero debió caer en desuso despues que el pretor introdujo la *bonorum possessio* en favor de los acreedores, la cual era un medio mas seguro y mas directo de conseguir los bienes del deudor.

V. *Pignoris capio.*

Asi como la *manus injectio* era un modo legal de ejecucion sobre la persona, la *pignoris capio* lo era sobre los bienes; y asi como el *addictus* no podia librarse sino pagando del mismo modo el deudor á quien se habia tomado una cosa en prenda no podia recobrarla sino satisfaciendo á su acreedor. La *pignoris capio* difiere esencialmente de las otras acciones de ley, en que podia tener lugar *extra jus* fuera de la presencia del magistrado, en ausencia del contrario y aun en dias nefastos, asi es que muchos jurisconsultos han negado que fuese verdadera accion de ley.

Pero sea de esto lo que quiera, lo cierto es que la *pignoris capio* no podia tener lugar sino en un pequeño número de casos determinados por la ley ó la costumbre. Segun las doce tablas podia usarse de este medio con el comprador de una víctima que no habia satisfecho su precio, y con el que no satisfacia el arrendamiento de una bestia de carga, cuando el precio de dicho arrendamiento estaba destinado á satisfacer algun sacrificio religioso. Una ley, cuyo nombre no ha sido posible leer en el manuscrito de Gajus, concedia la *pignoris capio* á los publicanos para cobrar los impuestos. En fin, las costumbres habian introducido el mismo medio respecto del cobro de algunos créditos relativos al servicio militar. La *pignoris capio* se verificaba por medio de la aprehension real de una cosa que pertenecia al deudor, aprehension que iba acompañada de ciertas palabras solemnes de que Gajus, sin embargo, no nos habla.

PROCEDIMIENTO CRIMINAL.

Los romanos, segun hemos dicho, distinguian los delitos en privados y públicos. Esta distincion establecia tambien una diferencia en el modo de proceder á su castigo. Los delitos privados solo podian perseguirse por la persona que habia sufrido el daño. En los públicos podia ser acusador cualquiera del pueblo; por esta razon se dió á estos el nombre de *judicia pública*, calificacion que no indicaba que la publicidad fuese una condicion esencial, sino que el acusado gozaba de la ventaja de ser juzgado por el pueblo. En cuanto á las acciones que dimanaban de los delitos privados, debemos advertir que la de hurto (*furti actio*) y la queja en reparacion de un daño causado por un cuadrúpedo doméstico, (*si quadrupes pauperiem fecisse dicitur*) eran noxales y daban lugar á una composicion amigable entre las partes, ya dando el animal al individuo perjudicado, ya pagando la estimacion del daño (*estimationem noxiæ offerre*). En cuanto al procedimiento de los delitos públicos consistia en llevar el magistrado el negocio ante el pueblo *diem dicebat ad populum*, donde ó bien conocia de él el mismo

pueblo, ó designaba para examinarle comisarios especiales llamados *quæsitores parricidii*, ó segun el lenguage moderno *instructores*.

Los *quæsitores* eran, pues, los presidentes del tribunal establecido para la aclaracion del crímen, el cual se componia del *judex quæstionis* de los *judices, scribæ, adcensi, præcones, lictores, adparitores*, &c. El *judex quæstionis* era el que ejercitaba la accion, sorteaba los jueces que habian de componer el tribunal, examinaba los testigos y los documentos, &c. Los demas jueces formaban como el consejo del *quæsitor*. Constituido asi el tribunal comenzaba el juicio: ante todo soliase preguntar por el acusado que se indagase si el acusador podia acusar ó no, porque no podian hacerlo, entre otros, las mugeres, los pupilos, los infames, ni los libertos á sus patronos. Tambien suspendia el juicio el acusado si sabia algun crímen mayor de el que le acusaba, pues en tal caso se preferia el conocimiento de este al del primero por ser mas grave. Si acusaban á la vez dos ó mas se entablaba un juicio prévio para ver quien de ellos debia sustentar la acusacion. El acusador se obligaba á sufrir, si no probaba el crímen, la pena del talion, es decir, el mismo suplicio á que debiera en el caso contrario ser condenado el reo y prometia tambien que perseveraria ó estaria firme en la acusacion hasta la sentencia.

Llegado el dia señalado y presentes las partes, el acusador hacia su delacion jurando de calumnia. Si el reo confesaba, inmediatamente se hacia la estimacion del pleito. Pero si negaba, se anotaba su nombre entre los de los demas reos, y se formaba el proceso que mencionaba el nombre, crímen, lugar y tiempo y las personas que habian intervenido. Despues se señalaba el tiempo para la averiguacion. Desde este tiempo mudaba el reo de vestido, tomando un

saco inmundo y viejo y se dejaba crecer la barba y cabello. Despues elejia patronos. Antes de los tiempos de Cesar no se permitian mas de cuatro, pero despues se permitian hasta doce, los cuales se distinguian en cuatro clases. Los propiamente patronos eran los que *in voce* defendian al reo. Los que les daban resueltas las cuestiones de derecho, se llamaban *abogados*. Llegado el dia señalado por el pretor, eran citados acusador y reo. Si convencido este del crímen no asistia, se le imponia destierro, pero si no asistia el acusador y sí el reo, se borraba el nombre de este de la lista de los reos. Mas si ambos asistian se procedia al nombramiento de los jueces, lo que hacia el *judex quæstionis*, echando en una urna los nombres de los designados en aquel año y sacando tantos cuantos marcaba la ley. Dábase luego facultad al acusador y al reo para que desechasen de los elejidos los que creyesen poco idóneos, en cuyo lugar se sorteaban otros para que estuviese completo el número de jueces. Otras veces no se hacia sorteo, nombrando los que elejian el acusador y el reo. Despues se citaba á los elejidos, los cuales al ocupar sus sillas, juraban que sentenciarian con arreglo á derecho, y se escribian sus nombres para que no hubiera fraude. Comenzaba ya la causa, la cual constaba de dos acciones, 1.ª y 2.ª á no ser que prohibiera esto la ley. En la 1.ª el acusador despues de pedida la venia, entablaba su accion, manifestando por menor los crímenes del reo, interrogando á los testigos, manifestando los documentos y demas pruebas para convencer á los jueces. Aqui interrumpia su discurso y dejaba para otro dia el hacer la acusacion en forma en una oracion dispuesta, en que exajeraba los crímenes, confirmaba sus pruebas y narraba la relajacion de la vida del reo, &c. Entre la acusacion y la defensa del reo solian pasar unos dias. Los pa-

tronos hacian esta valiéndose de cuantos medios les sugeria su razon para destruir los argumentos del acusador y probar la inocencia de su defendido, y no solo duraba la defensa algunos dias, sino que solian los patronos presentar ciudadanos de suma autoridad que alabasen la conducta del procesado. El número de estos era las mas veces de diez.

Finalmente, ó la ley de que se trataba permitia solo una accion ó dos. En el primer caso, concluida la defensa votaban inmediatamente los jueces. En el segundo, al tercer dia volvian á reunirse las partes, pero de modo que primeramente hablase el reo y despues el acusador.

Despues de haber concluido de hablar los contendientes, un alguacil lo anunciaba, hecho lo cual, se distribuian á cada uno de los jueces tres tablillas: una para absolver con la letra A, otra con la letra C para condenar y otra con las letras N L, que quiere decir *non liquet*, para abstenerse de votar. Se levantaban los jueces y cada uno votaba individualmente en las causas leves: concluida la votacion se decia en alta voz *lata sententia* ; en las graves esto era reservado. Mientras se hacia la votacion y el escrutinio el reo puesto de rodillas iba besando las de los jueces y no omitia medio para excitar la compasion de estos. Lo mismo hacian sus alabadores y amigos rogando á los jueces por el reo y antiguamente tambien hacian lo propio las vírgenes vestales, pero luego se prohibió. Hecho el escrutinio, el pretor pronunciaba la sentencia, para la cual, ora fuese para absolver, ora para condenar, ora para instruir mas la causa, tenian las leyes marcada su respectiva fórmula. Si era condenatoria se ponia la púrpura y no hacia mas que indicar la clase de suplicio, si la ley no lo marcaba; sin embargo, en este caso solia implorarse el auxilio de los tribunos, ó intercedian el mismo cónsul ú otro pretor, ó se estimaba el

pleito, en cuyo caso habia de pagar la suma en dinero ó se tomaba de sus bienes. Si la sentencia era absolutoria, volvia el reo á tomar la toga blanca, y le era lícito entablar accion de calumnia ó prevaricacion contra su acusador. Si la sentencia era para ampliar la causa, se volvia de nuevo á conocer de ella el dia que señalaba el pretor hasta que llegase á instruirse suficientemente.

§. 242. *De los juicios del pueblo.*

El pueblo en Roma era tambien juez. Conocia de las causas que á él enviaban los otros magistrados y podian ser ó de crímen de *magestad* ó de *peculado* y de aquellas en que se trataba de la muerte ó multacion de algun ciudadano romano como tambien de las de los delitos en que la ley no marcaba una pena fija, y en apelacion, de las sentencias de los cónsules, segun la ley dada por el cónsul Poplícola.

Antiguamente se instruian estos juicios en los comicios por curias y despues en los celebrados por centurias y tribus. Comenzábase por el señalamiento del dia de la reunion el que, segun fuese este por curias, centurias, &c. pertenecia hacerla á diverso magistrado, así como exigia mas bien una que otra la clase de negocio que se iba á tratar: se hacia en alta voz para que todos los ciudadanos asistiesen.

Antes de dicho dia el reo, si lo era de pena capital, habia de dar fiadores, y si lo era de pena pecuniaria, prendas que asegurasen que asistiria al juicio, y sino daba estas seguridades permanecia en custodia en la cárcel. Llegado el dia señalado, el magistrado le citaba por medio del pregon. Hecha esta citacion ó intercedia un magistrado mayor para que no se hiciese la acusacion, ó el reo ausente se excusaba por enfermedad, ú otra causa, ó los agüeros deshacian la reu-

nion y entonces se concluia la causa librándose el reo; ó finalmente convencido este del delito no asistia, y entonces á arbitrio de los magistrados se le imponia una pena.

Mas si asistia el reo, seguia la acusacion, la que debia repetirse tres veces en diferentes dias: en ella manifestaba el acusador el crímen y le probaba con testigos, documentos, &c. añadiendo la pena que le parecia justo imponer; hechas las dichas repeticiones, el mismo magistrado fijaba escrita la acusacion para que todos se enterasen y permanecia fija por término de tres ferias, al fin de las cuales precediendo citacion el magistrado recitaba cuarta vez la acusacion y despues concedia licencia para hablar al reo. Entonces ó él mismo ó su patrono en una elocuente oracion no solo rechazaba la acusacion, sino que recomendaba las virtudes del acusado y no omitia nada que pudiese mover la compasion del pueblo. Concluida, los magistrados anunciaban el dia que habia de reunirse el pueblo para dar su voto. Mientras este llegaba, trabajaba el reo en su favor, ora hablando á los tribunos para que intercediesen, ora sobornando á los augures para que disolviesen la junta, y aun le restaba el auxilio popular. Para conseguir este, el dia de la reunion salia el reo asqueroso, con la barba y cabellos crecidos, y rodeado de sus parientes, amigos, clientes, &c. salia al encuentro de los ciudadanos que debian asistir rogándoles que se dignasen darle un voto favorable; lo mismo repetian sus acompañantes con lastimosos gritos y lamentos: reunido en el dia señalado el pueblo, mandaba el magistrado que el escribano recitase por centurias ó tribus la rogacion, hecho lo cual, pasaban á votar en sus respectivas urnas. Finalmente se hacia el escrutinio; lo que la mayoria disponia se tenia por sentencia é inmediatamente se llevaba á efecto, imponiendo la pena ó exigiendo la multa al reo.

SEGUNDO PERIODO.

DESDE LA LEY DE LAS DOCE TABLAS HASTA CICERON (302-650).



CAPITULO PRIMERO.

§. 242. *Reseña de las relaciones de este período con el precedente.*

Es indispensable para comprender bien lo que tenemos que decir acerca del derecho romano en este período referirse al cuadro que de su estado hemos trazado al fin del período anterior, ó al menos delinear una esposicion comparativa de estos dos cuadros. Las comparaciones, ademas, serán fáciles de establecer por la precaucion que hemos tomado de seguir en el examen de las doctrinas un órden completamente semejante en una y otra parte, de tal modo que no tenemos necesidad de hacer á cada instante referencia á los párrafos correspondientes. Tambien hemos creido deber suprimir la repeticion de la indicacion exacta de las fuentes en que se puede ver el desarrollo de las doctrinas que no hacemos mas que trazar. Estas indicaciones eran necesarias, en el período precedente porque la doctrina que comprenden era absolutamente nueva, mas se hacen inútiles desde el

momento en que estas doctrinas se han llegado una vez á establecer.

§. 243. *Reseña de las relaciones de este segundo período con el siguiente.*

Como no conocemos la mayor parte de las máximas del derecho, adoptadas ya hácia el fin de este período, sino por los documentos que datan del período siguiente, no es fácil poder discernir con precision lo que entonces tenia fuerza de ley de lo que no se introdujo sino posteriormente. Cualquiera que sea la base que se adopte en este punto, no puede menos de producir un error en una porcion de casos particulares. Sin embargo, como es necesario partir de un principio cualquiera, nosotros creemos deber admitir, que sino el desarrollo completo, al menos el gérmen y el principio fundamental de todas las doctrinas, que no nos consta por lo que refieren los autores, tomasen nacimiento en el curso del tercer período, existian ya desde el segundo. Hemos preferido esta regla á cualquiera otra, porque nos es tambien mucho mas fácil conocer los cambios esperimentados en el curso del período siguiente, que no determinar los que tuvieron lugar durante este. Por lo demas, el empleo de citas sacadas de Ciceron, y la necesidad de observar respecto de este punto una escrupulosa exactitud, se hacen aqui casi tan indispensables como lo eran con relacion á los fracmentos de las doce tablas durante el primer período.

CAPITULO II.

DERECHO PUBLICO.



§. 244. *Populus et Plebs.*

El pueblo, tomando esta palabra en su acepcion mas estensa (*populus*) no se componia todavia en esta época, sino de romanos propiamente dichos. Sin embargo, el número de ciudadanos llegó á ser tan considerable que es estraño que no les ocurriese la idea de elegir algunos de entre ellos, que se encargasen de representarlos y votar por ellos, en vez de hacer que votasen todos individualmente, pues que habia, ciudadanos que por razon de su domicilio se veian obligados á andar muchas millas para ir á Roma, y ademas, nunca podia haber seguridad de que no sobreviniese una circunstancia cualquiera que impidiese que se verificára la asamblea del pueblo (1). Todo proyecto de ley debia hacerse público (*promulgatio legis*) durante cierto número de dias (diez y siete dias por lo menos, en esta época) antes de que se pudiera deliberar por escrito, y proceder al escrutinio, en virtud de la ley *Tabellaria*, ya para adoptarle, ya para desecharle (A. *antiquo* ó V. R. *uti rogas*). Al lado de las asambleas por centurias se colocaban tambien las asambleas por tribus. El número de estas era de treinta y cinco; el cual á la verdad, se aumentaba frecuentemente por la adicion de

(1) Asi era que cuando la asamblea tenia lugar durante la recoleccion de granos no se podia contar sino con un corto número de los ciudadanos que estaban domiciliados fuera del recinto de Roma. Arp. B. civ. 1. 14.

algunas nuevas tribus, pero no estamos ciertos de que estas últimas se mantuviesen (1). Las cuatro tribus, llamadas *urbanæ*, comprendian un número muy considerable de ciudadanos, por ejemplo, todos los manumitidos, porque en su origen estas tribus comprendian á todos aquellos que no poseian bienes inmuebles. Las otras treinta y una, llamadas *rusticæ*, se formaron al principio de los poseedores de fundos, por cuya razon contaban un número menor de ciudadanos, de suerte que los que formaban parte de ellas tenian mucha mayor preponderancia. Tambien se introdujo el uso del voto secreto en las asambleas por tribus.

§. 245. *El Senado.*

El senado se componia de aquellos que cuando se formó el último censo fueron confirmados senadores ó promovidos á esta dignidad (*senatorem legi*). Los que se hallaban revestidos de alguna de las grandes magistraturas, podian anticipadamente asistir á las sesiones de esta asamblea, de la cual debian necesariamente formar parte en lo sucesivo. Para llegar á ser senador era necesario indispensablemente ser rico. Los ricos que no eran senadores (*equites*) comenzaron por esta época á formar una clase particular que gozaba de grandes ventajas; en primer lugar, tenian prerogativas honoríficas, que los elevaban sobre el comun de los ciudadanos (*ley Roscia*); ademas tenian medios mas fáciles de enriquecerse que no los senadores, puesto que estos no podian jamás ser recaudadores de las rentas públicas (*publicani*). Por esto no debe sorprendernos que se echase mano de esta casta, ya para oponerse al senado, como lo hizo Cajo Graco, en tiempo de los *judicia publica*, ya en pro de intereses particulares, como principalmente lo hizo Ciceron al comenzar al tercer período: debemos por lo mismo creer que muchas veces seria natural que un caballero (*eqües*) no tuviese deseo alguno de salir de su órden para hacerse senador.

(1) App. de B. civ. 1. 49 y 53. Posteriormente no se habla por lo comun mas que de treinta y cinco tribus, v. g. en Cic. en Verr 2. l. c. 3 De leg. Agraria 2. 7. y Liv. 1. 43.

§. 246. *Magistratus.*

Las altas magistraturas del Estado se hallaban de tal manera ocupadas en esta época, que el patriciado no proporcionaba, por decirlo asi, ninguna ventaja ó al menos la antigüedad de una familia (*nobilitas*, *imagines*) no daba ninguna prerogativa legal. No todas las edades daban aptitud para desempeñar dichos destinos; variaban aquellas en cada uno de ellos (*leges anales*). El consulado y la pretura se prolongaban en esta época por uno ó muchos años, aunque ciertamente bajo otros títulos, pues casi siempre se confiaba á los que salian de estas dos magistraturas el mando de los ejércitos. Vese, pues, que necesariamente resultaba de aqui un medio facil de adquirir grandes riquezas. La distribucion de las provincias y los derechos de los que las gobernaban estaban generalmente determinados por el senado. Sin embargo, algunas veces tambien se trataban estos dos negocios ante el pueblo entero (*populus*) ó solamente ante la *plebs*. Con todo ocurrian casos en los que algunos Cónsules ó Pretores rehusaban ir á administrar las Provincias.

Ademas de los dos cónsules, habia en esta época seis Pretores; uno de ellos mas favorecido que los demas, administraba la justicia entre los ciudadanos solamente (*urbana*

jurisdictio): Otro dirimia las controversias que se suscitaban entre los ciudadanos y los extrangeros; los cuatro últimos, en fin, conocian esclusivamente de ciertos crímenes ó delitos. Viéronse tambien obligados á aumentar el número de los Questores. Un siglo hacia que no se habia nombrado Dictador; pero en caso de necesidad urgente, el senado, para poner mas á cubierto la responsabilidad de los cónsules, declaraba que la patria estaba en peligro (*videant consules, ne quid detrimenti capiat res publica.*)

De tiempo en tiempo, y en general cada cinco años, se elegian dos de los primeros ciudadanos de Roma con el título de *Censores* para completar y purificar las asambleas del pueblo y el senado, para correjir la estremada dulzura del derecho penal y para concluir los contratos relativos á los ingresos y gastos públicos.

Los gefes de los plebeyos no habian cambiado de denominacion; solamente se erijió en principio, que el hijo de un romano, revestido de una magistratura curul, no pudiese ser nombrado tribuno en vida de su padre.

§. 247. *Magistrados de los Comunes.*

Los diversos Comunes (O. M. C. P. F. V. C. C. T. *oppida*, *municipia*, *coloniæ*, *præfecturæ*, *fora*, *vici*, *conciliabula*, *castella* (1) tenian tambien autoridades (*Duunviri*,

(1) Las denominaciones de *vici* y de *castella* se hallan tambien en la ley de la Galia cisalpina (Civilistisches Magazin t. II, p. 447.). Pero las otras seis solo se leen en el monumento de Heraclea (Civilistisches Magazin tom. 3, p. 369). Paul. (Sent, 4. 6, §. 2). emplea todas estas denominaciones excepto la de *fora*. El segundo pasage prueba que las præfecturæ no tenian magistrados elegidos por los habitantes mismos como lo establece Cujas de un modo general.

Quatuorviri, *Præfectus*, *Ædiles*, *Dictator*) con un consejo municipal (*ordo*). La ley descubierta en Heráclea, y todas las otras leyes municipales contienen disposiciones particulares sobre este asunto.

II. INSTITUCIONES RELATIVAS PARTICULARMENTE AL ORDEN PUBLICO.

§. 248. *Jus sacrum.*

Los romanos no tenian aun en esta época ninguna institucion consagrada á la instruccion pública, escepto el culto divino. Este, cuyas funciones en su mayor parte se encontraban entonces confiadas á los plebeyos (1) habia perdido gran parte de la influencia que ejercia anteriormente sobre el derecho civil, sobre todo, cuando se trataba de un juramento.

El gobierno, no tomó por entonces ninguna medida para introducir en Roma las ciencias y civilizacion de la Grecia. Se contentó solo con tolerar á los que venian de aquella nacion á abrir escuelas en Roma. (*Philosophi*, *Rhetores.*) (2)

(1) Una excepcion hay sin embargo en Tácito Ann 4. 16.

(2) En efecto hasta el fin del siglo VI no se expulsaron los filósofos Atenienses de Roma, lo que se verificó á intancias de Caton el censor. Poco tiempo despues se dieron dos senados consultos uno despues de otro que declaraban la expulsion de los filósofos. Pero antes de dicho tiempo habian estado ya en Roma Polibio y Panætius, gefe este de una secta estóica cuya doctrina enseñó probablemente en la expresada ciudad, puesto que Scipion el joven se honraba con su amistad asi como con la de Polibio.

§. 249. *Guerra.*

Todos los romanos estaban todavía en esta época sujetos al servicio militar: sin esta institucion la república no hubiera podido sostener la grande influencia que ejercia en las demas naciones, pero los soldados recibian un prest y vestidos. Casi era imposible que en esta época se siguiese la misma marcha que anteriormente respecto de las espediciones militares, es decir, que el ejército se retirase á sus hogares á la entrada del invierno. En fin, ya habia cierta clase de ciudadanos que se consagraban esclusivamente al estado militar, y á cuya subsistencia era preciso proveer, no solo por todo el tiempo que permaneciesen en el servicio, sino tambien despues que obtuviesen el título de *veteranos* (*veteranus*), es decir, despues que se les concediera su licencia con una pension de retiro. Resultaba de aqui una grande diferencia entre las antiguas legiones y las nuevas. Por lo demas, los veteranos contaban menos con el tesoro público que con sus generales para obtener, no solo las recompensas pecuniarias, sino tambien las que consistian en inmuebles, á las cuales no tardaron mucho en aspirar. No hablaremos aqui de los comandantes de los ejércitos, porque ya hemos dicho anteriormente (§. 246) cuanto á ellos concierne. En la época de que hablamos, los reyes y los pueblos aliados proporcionaban á la república tropas auxiliares que no estaban equipadas ni organizadas bajo el mismo pie que los ejércitos romanos.

§. 250. *Ingresos y gastos públicos.*

Las rentas públicas no dependian ya del censo, por cuya razon llegó á hacerse este muy raro. Estas rentas dimanaban de los impuestos indirectos que se sacaban en las ventas y manumisiones de los esclavos (*vicesima rerum venalium servorumque manumittendorum*) (1), de la locacion de los *agri vectigales*, ó al menos de aquellos que la ley Thoria habia designado al tesoro: del producto de las provincias y del botin que se cojia á los pueblos vencidos. La percepcion de estas rentas estaba arrendada á sociedades de publicanos (*societates publicanorum*) aunque uno solo aparecia como arrendador (*manceps*).

Los gastos públicos consistian en la paga que se daba á las tropas (las de mar costaban poco); en las distribuciones que se hacian á los romanos de cierta clase (2), institucion que arruinaba completamente la agricultura en Italia, porque estas distribuciones consistian en trigo estrangero comprado á un ínfimo precio, y en fin, en los gastos que se hacian para el establecimiento y conservacion de los caminos, de los teatros y de los aqüeductos. (*ultro tributa*).

§. 251. *Policía.*

La policia vigilaba tambien los espectáculos gratuitos, que pertenecian ya frecuentemente á las bellas artes. Las leyes sumptuarias no se hallaban en vigor. Vigilábase cuanto posible era el sostenimiento de las calles de Roma y tambien se cuidaba que los carruages no atropellasen á los transeuntes.

---

(1) Todavia no se habia tratado en Roma del papel sellado ni de otros impuestos que tan innecesariamente aumentan los gastos de los procesos.

(2) La ley hallada en Heraclea nos prueba que algunos romanos no recibian nada en estas distribuciones; pero no sabemos quienes eran estos exceptuados.

CAPITULO III.

DERECHO PRIVADO.



§. 252. *Fuentes de este derecho.*

El derecho civil general comprende, como los mismos romanos lo indicaban las verdades que son admitidas igualmente por todas las naciones civilizadas (*jus gentium*) las cuales servian de guia en todos los negocios que habia que decidir entre hombres libres (aunque no romanos) de los que se hallaba gran número en la misma Roma, en Italia, y sobre todo, en las provincias. El derecho romano propiamente dicho (*jus civile*), se separaba bajo muchos aspectos de este derecho de gentes, y no recibia aplicacion inmediata, sino entre los romanos mismos. Como este derecho descansa sobre leyes fijas, ocúrresenos hacer una distincion importante que consiste en determinar, si la ley consideraba, ó no, la accion contraria á su disposicion como nula, y si castigaba ó dejaba impune la contravencion (1). A esta idea es á la que se refiere la espresion de *minus quan perfecta lex* empleada por Ulpiano, y la de *lex perfecta*, de que se vale Macrobio (2). Es probable que por oposicion se admitiese la espresion de *lex perfecta*, y nada se opone á

(1) Ninguna mencion se hace de este ramo del derecho general en el *Corpus juris*, pues cesaron de ocuparse de él á consecuencia de una constitucion que data del cuarto período.

(2) En Ulp. esta palabra y la ley que cita por ejemplo faltan antes de la primera línea que se conservó. Cujas ha tratado de llenar este vacio; pero el modo como lo ha verificado ha recibido mas elogios que merecia.

que creamos que no se hiciese mencion tampoco de una *lex plus quan perfecta*. Numerosos ejemplos del empleo, no solo de la palabra *rogare*, sino tambien de las de *abrogare*, *derogare*, *subrogare*, y *obrogare* se hallan al hablar de una ley y las últimas indican siempre la relacion entre una ley reciente y la que estaba antes en vigor. Tambien se comienza á oponer el derecho civil (*jus civile*) al derecho honorario (*jus prætorium*) soliendo usarse ya de la espresion (*ipsò jure*) para designar todo lo que es conforme al primero de estos derechos. Sin embargo, ningun pasage de las diversas obras sobre la jurisprudencia de que nos hayan quedado fracmentos, autoriza á pensar que se hiciera entonces una distincion entre los edictos publicados por el *prætor urbanus* y los que emanaban del *prætor peregrinus*. Independientemente de estas fuentes generales se ha hablado tambien siempre que ha habido ocasion de las que eran particulares, y como propias de ciertas localidades. Asi se ve que se menciona una ley para una provincia (*lex provinciæ*) y una ley para una villa municipal (*lex municipii*). A esta distincion, sin duda, queria aludirse cuando á falta de ley positiva se declaraba que debian atenerse á los usos (*mores*) y á la costumbre (*consuetudo*) de tal ó tal lugar, despues á las consecuencias que de ellos resultasen, y finalmente al órden de procedimientos adoptado en la misma Roma (1).

(1) Fr. 32 pr. D. 1, 3, pasage notable de donde se ha formado la palabra costumbre (*Consuetudo*) para designar durante muchos siglos en España, en Francia, en Italia y en Alemania el derecho vigente en cierta comarca.

PRIMERA SECCION.

DE LAS PERSONAS.



A. DIFERENCIA ENTRE LAS PERSONAS LIBRES Y ESCLAVAS.

§. 253. *Siervos.*

Los esclavos (*servi*) continuaron como antes, siendo incapaces de ejercer ningun derecho en Roma, á pesar de que ya se conocian pueblos, en los que el matrimonio entre las personas privadas de libertad civil estaba permitido por la ley (1).

Los esclavos públicos (*servi publici populi romani*) gozaban de derechos mas estensos que los otros, porque la autoridad, bajo cuya vigilancia estaban, les aseguraba el goce inconmutable de lo que estos últimos no podian obtener, sino del capricho ó benevolencia de sus señores.

Las causas de la servidumbre se limitaron á un número mas corto que en las épocas anteriores; porque el hurto manifiesto (*manifestum furtum*) no se castigaba ya con la pena de esclavitud, y la insolencia del deudor cesó tambien de hacerle esclavo de su acreedor.

Es probable que en esta época se pusiesen con mas frecuencia condiciones y estorbos á la manumision, y que de este modo naciese entonces el estado de los esclavos que se llamaron *statu liberi*. Tambien parece que en esta época se podia ya instituir herederos por testamento á sus propios esclavos, á fin de no quedar sin heredero. Siempre que se trataba de determinar los deberes que el manumitido tenia que cumplir respecto á su señor actual, se podia ya recurrir á convenios verbales y aun á un contrato especial, cuya ejecucion se aseguraba por medio de juramento. Estos diferentes actos ejercian gran influencia sobre las disposiciones prescritas por las leyes en esta materia, y principalmente sobre el derecho que adquiria el señor en los bienes del que habia sido su esclavo despues de la muerte de este. Ademas de los modos de manumitir del derecho romano propiamente dicho (*justa libertas*), habia otro introducido, quizá en favor de individuos no romanos, pero que seguramente en esta época se aplicaba tambien á los esclavos de ciudadanos romanos. Este modo consistia en una simple declaracion que hacia el señor, *sin ninguna otra formalidad*, por la que daba la libertad á su esclavo (*inter amicos liberum esse jubere*). Es verdad que con esta ceremonia no se hacia libre el esclavo: pero en virtud del derecho pretoriano se le libraba de todos los inconvenientes de la esclavitud: (*servire*), es decir, no se le trataba ya en lo sucesivo como esclavo. Entonces para espresar el estado que gozaba se decia, *in libertate moratur*, valiéndose para este caso de estas palabras, á la manera que se servian de la palabra *posidere* al hablar de una cosa mueble ó inmueble, para dar á conocer la condicion del que era simple detentador de ella (1).

(1) Todo el enredo de la comedia de Plauto titulada *Casina* gira sobre un matrimonio de esta especie. En su prólogo se dice que en Atenas, en Cartago *et hic in nostra terra* los matrimonios de los esclavos no son una cosa tan extraordinaria como en Roma.

(1) Sin embargo, ya hallamos por el contrario, que un hombre libre puede hacerse esclavo cediendo el usufruto de su persona.

DERECHO DE CIUDAD.

§. 254. *Ciudadanos y peregrinos.*

Entre los romanos que gozaban plenamente del derecho de ciudad y los estrangeros propiamente dichos, habia una porcion de grados intermedios, segun los que, por una parte podia uno no ser considerado como romano, si se le comparaba con un romano propiamente tal, y sin embargo, por otra parte podia este mismo ser considerado como ciudadano, en la acepcion general de la palabra (*civis*), si se le comparaba con otros estrangeros. Tal era la condicion de los Ceritas y de los latinos, aunque los ceritas, originarios de Cere y los latinos habitantes del Lacio se hallaban en esta época en posesion del derecho íntegro de ciudad, en una palabra, del derecho quiritario (*jus quiritium*. Por el contrario, habia colonos latinos (*latini colonarii*) y aun otros llamados dediticios (*dedititii*), que se hallaban en la categoria opuesta.

Obteníase con bastante frecuencia el derecho íntegro de ciudad, independientemente de los antiguos modos, entre los que habia siempre figurado la manumision (1), en virtud de un plebiscito, ó de una decision particular de un magistrado (*magistratus ó pro magistratu*). Tambien le originaba algunas veces el ejercicio de ciertas magistraturas (2). Y se perdia adquiriendo en otra comarca el derecho de vecindad, porque esta adquisicion era incompatible con la cualidad de ciudadano romano. En materia criminal hallamos tambien que la pérdida del derecho de ciudad se imponia al reo, ora como pena principal, ora como continuacion ó consecuencia de una pena.

(1) Fergusson (*Progress. and termination*) etc., vol. 1, p. 73 afirma sin fundamento alguno que durante cierto tiempo los manumitidos no fueron considerados como ciudadanos.

(2) Gaji p. 26, lin. 1 y siguientes.

El derecho de ciudad incompleto, y tambien las especies de *peregrinidad*, que no obstante producian ciertos derechos particulares, se obtenian del mismo modo que el pleno derecho de ciudad, ya por el nacimiento, ya por la manumision, no constándonos que los manumitidos fuesen escluidos de ninguna comunidad de estrangeros.

§. 255. *Corporaciones ó personas públicas.*

En esta época encontramos ya considerados como personas públicas ó jurídicas (*persona pública*), en el sentido que á esta palabra da Frontin, bien diferente, por cierto, del que nosotros la atribuimos, las villas municipales, ó municipalidades (*municipia*) y todas las otras comunidades, cuyos derechos sobre sus esclavos, sus manumitidos y sus demas bienes, vinieron á ser por consiguiente, el objeto frecuente de disposiciones particulares. En este lugar debemos hablar de los Dioses, (*Dii*) respecto de los cuales es preciso observar que se encuentra ordinariamente á continuacion de sus nombres la indicacion del lugar en que eran adorados, es decir la del templo erigido para darlos culto.

B. DIFERENCIA ENTRE LOS QUE EJERCEN DERECHOS POR SI MISMOS, Y LOS QUE LOS EJERCEN POR OTRO.

§. 256.

Las relaciones sociales que se colocan en esta categoria vinieron á ser entre sí mucho mas estrañas que lo que hemos visto fueron en su primer gérmen.

I. POTESTAS Y 1.° *Sobre los esclavos.*

Este poder no podia ejercerse sino por aquel, que ademas de ser propietario *ex jure quiritium*, tenia el esclavo en el número de sus bienes (1). La condicion de los esclavos permanecia la misma que en la época anterior, en cuanto al derecho; pero con relacion al trato, se hizo mas duro bajo ciertos aspectos y mas tolerable bajo de otros. Las causas que aumentaron el rigor, pueden atribuirse al número prodigioso de esclavos, á la baratura de su precio, al alejamiento en que vivian de su señor, que desde entonces se veia muchas veces obligado á encerrarlos en un edificio rigorosamente guardado (*ergástula*), y sobre todo, á la depravacion de la mayor parte de ellos (2). La condicion de algunos llegó á hacerse mas tolerable, porque sucedia muchas veces que un esclavo llevaba, por su saber y su destreza, á algunos hombres libres, ventajas que los romamos comenzaban á apre-

(1) Gaj. p. 14, lin. 17, 20.
(2) Plauto (Psend. 3, 1). cita sobre esto lo que sucedia respecto de un esclavo muy joven. Otros muchos ejemplos refiere el mismo autor, que podriamos citar.

ciar, y que algunas veces, cuando su señor era rico, eran para el esclavo el manantial de una fortuna considerable.

§. 257. 2.° *Sobre los* FILII FAMILIAS. *Origen de este poder por el matrimonio.*

El poder paternal no era ya en lo sucesivo tan considerable como en las épocas anteriores; porque despues de la decadencia de la gentilidad, se habian concedido cada vez efectos mas estensos á esta otra especie de afinidad, cuya base no está fundada sobre la autoridad paternal.

La confarreacion habia ya caido en desuso en esta época. El derecho de divorcio se hizo estensivo á las mugeres, del mismo modo que lo tenian los hombres.

En cuanto á las condiciones requeridas para la validez del matrimonio, desde luego vemos que hacia largo tiempo que no se tomaba en consideracion la de la igualdad de nacimiento para los patricios; pero que no obstante se habian establecido restricciones aplicables á los manumitidos. Parecia que el parentesco próximo no llegaba á ser, con tanta frecuencia como otras veces, un obstáculo para esta union (1) La publicidad no era tampoco indispensable para la validez del matrimonio. Sin embargo, ya se halla el empleo de esta fórmula, que el objeto del matrimonio era el tener hijos (*liberorum querendorum causa*) (2). Una promesa de matrimonio (*sponsalia*) no daba lugar á accion alguna segun el derecho romano. Los autores refieren tambien

(1) Plutarco (Qu. R. 6) habla de una ley en virtud de la cual estaba permitido el matrimonio entre primos hermanos y que debe pertenecer á este período.
(2) Un ejemplo hallamos en Plauto (cap. 4. 2. v. 109).

como un cambio introducido particularmente entre los latinos por la *ley Julia de civitate sociorum* la abolicion de la queja á que otras veces daba lugar entre ellos la falta de ejecucion de esta promesa (1). Cuando un individuo hacia una segunda promesa antes de haber declarado que renunciaba á la primera, ó bien cuando contrataba un segundo matrimonio antes de la disolucion del primero, la sola pena en que incurria era la vergüenza y la infamia (2) que recaian sobre él. Frecuentemente la disolucion del matrimonio era el resultado del divorcio. Este último acto no exigia mas que la voluntad de uno de los dos esposos y se verificaba aun sin la intervencion de la autoridad. La restitucion de la dote en este caso daba ya lugar á indagar, no cual de los esposos era el que habia intentado el divorcio, sino cual era el que por su mala conducta le habia hecho necesario (3). Por lo demas, ignoramos si todos estos actos exigian entrevistas y comparecencias de los esposos entre sí. En fin, hallamos en el Edicto disposiciones formales contra la suposicion del parto y su ocultacion á consecuencia del divorcio (4).

---

(1) Aul. Gel. (4. 4.) cita sobre esto á Servio Sulpicio en una obra de este jurisconsulto sobre la dote (*de dotibus*).

(2) Fr. 1. in fin. D. 3. 2. segun el edicto *Quive suo nomine, non jussu ejus in cujus potestate esset ejusve nomine, quem quamve in potestate haberet, bina sponsalia binas nuptias (ni eodem tempore constitutus habuerit.* Sin embargo como no hallamos esta causa mencionada en el monumento de Heraclea, donde no obstante se habla de otras causas de infamia, es facil que date de una época mas reciente.

(3) Cic. Top. 4. *Si viri culpa factum est divortium, etsi mulier nuncium remisit, tamen pro liberis manere nihil oportet.* Compárese este testo con el derecho posterior en Ulp. (6 10).

(4) Dig. 25. 4. *De inspiciendo ventre custodiendoque partu.*

§. 258. *Por adopcion.*

En este período la esclusion de los patricios de algunos cargos públicos, que estaban reservados esclusivamente á los plebeyos, hizo que muchos se hiciesen adoptar por familias plebeyas; sin embargo, varias quejas comenzaban ya á suscitarse contra la adopcion: se la hechaba en cara que proporcionaba al padre adoptivo las mismas ventajas que si hubiera engendrado él mismo al niño que adoptaba (1). A esta institucion podemos agregar el uso que ya tenian los romanos de declarar por testamento que tal persona debia ser considerada como hijo del difunto, para el goce de cuya cualidad se estableció despues el uso de hacer que se la confirmase ademas por un plebiscito (2). Verdad es que en este caso el testador no podia ejercer durante su vida el poder paternal, y que esta fue la razon que tuvieron Gayo y Ulpiano para no contar esta costumbre en el número de las causas que producian dicho poder: mas, sin embargo,

---

(1) Aul. Gel. (5. 19). dice que Escipion siendo censor desaprobó *quod filius adoptibus patri adoptatori inter premia patruum prodesset.* De esta época data, pues, esta institucion y no de la de Augusto quien no hizo mas que desarrollarla y determinar sus efectos.

(2) Asi es que en una época bastante lejana de la historia romana y aun en el curso del período siguiente, vemos al joven Octavio que es arrogado por el testamento del hermano de su abuelo Julio Cesar. Octavio tuvo la precaucion de revalidar su adopcion por la autoridad y ademas cuando llegó al consulado hizo dar sobre este punto un plebiscito, formalidad sin la cual no hubiera podido ejercer derecho alguno sobre los manumitidos del testador (App. Bell. Cic. 3, 14 y 94). La adopcion por testamento no era pues, una simple institucion de heredero hecha con la condicion de que la persona adoptada tomase el nombre del testador.

bajo otros aspectos producia absolutamente los mismos resultados que si el difunto hubiese disfrutado del poder paternal al tiempo de la muerte.

§. 259. II. *Manus.*

Es evidente que en esta época muchos matrimonios, quizá casi la totalidad, comenzaban y subsistian sin que precediera un convenio para entrar la muger en la potestad del marido (*in manum conventio*). Tambien puede dudarse que fuese aun necesaria la *usurpacion*, para impedir que esta *conventio* se verificase, puesto que la usurpacion habia sido abolida no solo por los plebeyos, sino tambien por el uso general. Antes por el contrario la coencion (*coemptio*) se aplicaba con frecuencia á una porcion de doctrinas del todo estrañas al matrimonio, como nos da á entender Ciceron, y nos consta hoy de un modo indudable por el manuscrito de Gayo. Asi, pues, se recurria á ella; 1.° Cuando una muger queria librarse de la tutela opresora de sus agnados, y por esto las palabras de no haber sido capite diminuidas (*quæ se capite nunquam diminuerant*) que se aplicaban á las romanas, cuando de ellas se hablaba, se empleaban para indicar que no habian hechado mano de este recurso. 2.° En la posesion de bienes (*bonorum posessio*) en virtud de testamento. 3.° En fin, cuando un heredero no queria encargarse del culto privado (*sacra*) en la sucesion que tomaba: en cuyo caso, y probablemente con el objeto de quitar este cuidado al heredero, habia ancianos en Roma que tenian por oficio el fingirse adquisidores de los derechos hereditarios, los cuales, mediante un salario que recibian, restituian al heredero la parte *util* de la sucesion y guardaban para sí el culto privado, el cual debia

bien pronto desaparecer por su muerte (*senes ad coemptiones faciendas*. Este hecho pudo dar origen al término de *coemptionalis senes* (1) aunque á la verdad Plauto no emplea este término sino cuando habla de la venta de los esclavos.

§. 260. III. *Mancipium.*

El derecho que tenia el que por medio de la emancipacion (*mancipatio*) poseia un hombre libre (*liberum caput*) sin ejercer, sin embargo, sobre él ni el poder paternal, ni tenerle tampoco bajo su potestad (*manus*) este derecho, decimos se desarrolló durante el segundo período de un modo diferente á como lo habia sido en tiempo de las doce tablas. Por lo demas, este derecho casi nunca fue mas que aparente y pasagero, á escepcion del caso en que el padre daba su hijo en reparacion del daño que este habia causado (*noxæ*), pero ni aun en este autorizaba á maltratar á aquel sobre quien se ejercia (2).

§. 261. *Fin de Potestas, Manus y Mancipium.*

Es cierto que en esta época podia uno librarse de la autoridad paterna, sin verse obligado por ello á pasar por medio de la adopcion á otra familia. Probable es tambien

---

(1) Los pasages mas antiguos y mas ciertos sobre este punto son: 1.° Uno de Plauto (Fac. 4. 9. v. 53) en que burlándose de Priamo se le da semejante dictado. 2.° Otro de una carta de Curio en la que tambien en tono de chanza se le dice que para nada es bueno y que aunque se le pusiese á pública subasta entre los *senes coemptionales* no se sacaria mucho por él.

(2) Gaji. pr. 39 lín. 24; pág. 40 lín. 1.

que se hubiese ya introducido el uso de hacer siempre las tres ventas sucesivas del hijo al mismo comprador (1). Entre las causas que hacian mas frecuente y necesaria la emancipacion debemos sin duda colocar tambien los plebiscitos, en virtud de los cuales un gefe de familia generalmente salia mas favorecido en las distribuciones públicas y otras circunstancias semejantes que el hijo sometido á su poder. El individuo que estaba *in mancipium* podia llegar á ser hombre libre por el censo aun sin la voluntad de aquel de quien dependia, á menos que el padre no quisiera volver á tomarle bajo su poder, ó que le hubiera dado en *noxœ* (2)

§. 262. *Tutela.*

Buscando el origen de la tutela testamentaria descubrimos que algunas veces el que tenia bajo su poder á una muger romana la daba por testamento el derecho de escojer el tutor (*tutoris optio*) (3). Esta eleccion de tutor nos era ya conocida por el senado-consulto sobre las bacanales (4). Plauto alude tambien á ella (5); pero Ulpiano no dice nada. Solo despues del descubrimiento del manuscrito de Gajus hemos sabido que esta facultad era unas veces lata (*plena*), y otra estricta (*angusta*), segun que el derecho de elegir no se habia limitado por ninguna restriccion, ó

(1) Gaji, p. 35, lín. 18 y 22.
(2) Gaji, p. 39, lín. 15 y sig.
(3) Gaji, Inst. p. 42 lin. 1.
(4) Entre los premios concedidos á Fescennia Hifpala se distingue entre otros: *Uti tutoris optio item esset quasi ei vir testamento dedisset.*
(5) Plauto. Truc. 4. 4. v. 6. *Qui manu me tutorem adoptavit bonis:* dice una joven hablando de su amante.

circunscrito á un número de casos determinados (1). Es probable que el tutor se llamase en este caso *tutor optivus*: (2) en cuanto á la tutela tanto de los impúberes como de las mugeres debemos referir á ellas, por una parte, el tutor dado en virtud de la ley (*Atilianus tutor*), por otra, el tutor pretoriano, (*prætorianus* ó *prætorius tutor*) nombrado segun el derecho consuetudinario, y aun habiendo tutor propiamente tal, en el caso en que se tratase de algun negocio judicial. No es posible admitir la existencia de la tutela de la madre (3). La tutela de una muger romana estaba permitido cederla; pero solamente cuando era legítima (*legitima*), no cuando era fiduciaria (*fiduciaria*); al menos esta es la opinion de un gran número de autores, aunque Gajus bajo este aspecto califica de tutela legítima la que ejerce el padre sobre la hija emancipada (4), la cual se considera ordinariamente como fiduciaria.

En este período solo se exijia que la muger romana estuviese en tutela cuando trataba de enagenar una cosa susceptible de emancipacion (*mancipi res*). Su caracter particular, y esto seria tambien sin duda despues de dicha época, es el de no tener efecto las mas veces sino en el nombre (*dicis causa*), es decir, que aunque á la verdad era necesario consultar frecuentemente al tutor, este sin embargo, no tenia la eleccion de dar ó rehusar su autorizacion (*auc-*

(1) Gaji, p. 42 lín. 6, 16.
(2) Gaji p. 42, lin. 16. 19.
(3) La frase de Tito Liv. (39. 9) *Sub tutela matris.... et vitrici.... educatus fuerat* no prueba que una muger pudiese ejercer una verdadera tutela.
(4) Gaj. p. 47, lin. 18.

toritas), de tal suerte que ninguna responsabilidad pesaba sobre él, porque no obraba si no en tanto que el pretor le compelia. En el fondo, pues, no era mas que una especie de testigo. Sin embargo, esto cesaba de acaecer cuando el tutor mismo era heredero legítimo (*legitimus hœres*) de la muger (1).

Tutela de los impúberes. Tampoco fijaba todavia el derecho romano el número de años al fin de los que debiese cesar la tutela de los impúberes. En efecto, no hacia aun mucho tiempo que se habia comenzado en Roma á tener ideas exactas sobre los diferentes períodos de la vida humana, y por lo mismo no se hacia mencion de estas ideas sino bajo el aspecto de sus relaciones físicas. Aun mas; en esta época todavia no se habló de la edad de 12 años, considerándola como edad en que concluyese la tutela de las mugeres romanas (2).

La tutela testamentaria existente ya en el período anterior se sancionó al fin de él en la ley de las doce tablas, que decia, *Pater familias uti legasset super pecuniœ tutelœve suœ rei ita jus esto.* Heinecio esplica bien estas pala-

(1) P. 50, lin. 23 y siguientes. Por consiguiente Gajus habla de ella antes de tratar del origen de la tutela, al tiempo de examinar una cuestion que habia ya discutido en otras obras, cual es la de si todas las tutelas deben referirse á cinco géneros ó á tres solamente ó bien en fin si hay tantos géneros como tutelas existen.

(2) El uso nuevamente introducido de cortarse la barba no permitia que se reconociese facilmente á primera vista si aquel á quien se hablaba habia llegado á la edad de la pubertad; pero para evitar este inconveniente los jóvenes tenian gran cuidado de dejarse crecer la barba. *Bene barbati et imberbes* son dos espresiones que se hallan frecuentemente juntas y en la moneda se nota tambien que los emperadores mas jóvenes son los que llevan la barba larga. (Eickhel vol. VI, p. 77).

bras, manifestando que *legare* era entre los latinos disponer por medio de una ley: *pecuniœ* indica todo el haber del testador; y *suœ rei* los hijos, los que por derecho antiguo se consideraban como cosas *mancipi*. Por medio de esta disposicion se concedia á los padres de familias la facultad mas amplia de disponer á su arbitrio de sus cosas y de la tutela de sus hijos, facultad que anteriormente cuando los testamentos se hacian ante los comicios calados, pendia mas bien del arbitrio del pueblo que de la voluntad del testador. Como el fundamento de esta tutela era la patria potestad se daba no solo á los hijos sino á los nietos, que á la muerte del abuelo no tenian que recaer en la potestad de su padre. No competia esta facultad á las madres, pues la patria potestad era esclusiva del marido; pero si le daban solia confirmarse.

La tutela legítima de los agnados igualmente se sancionó por la ley de las doce tablas, entre cuyas disposiciones se hallaba una que decia: *Ast si intestato moritur cui suus hœres nec escit, agnatus proximus familiam nancitor.*

Como una consecuencia de las mismas doce tablas se introdujo por los jurisconsultos la *tutela patronorum*, pues que por ellas se disponia que si moria el liberto intestado y no tenia heredero suyo, lo fuese el patrono, y como era ya axioma reconocido que *Ubi successionis emolumentum ibi et tutelœ onus esse debet*, de aqui se dedujo la clase de tutela que acabamos de indicar. Heinc.

Tambien se dedujo por interpretacion la tutela que conservaba el padre, que habia emancipado á su hijo, sobre él cuando era impuber. Esta tutela por el contrato llamado *fiducia*, que segun hemos esplicado intervenia en la emancipacion se llamó *tutela fiduciaria*.

Para cuando faltasen el tutor testamentario y el legíti-

mo mandó la ley Atilia (año 443) que el Pretor urbano asistido de los tribunos plebeyos y de acuerdo con la mayoria nombrára tutor al menor, á cuyo tutor se le llama *datívus*.

§. 263. *Cura*.

La curatela se acrecentó en esta época con nuevas especies que el pretor introdujo. Tales fueron, primero, la que debia ejercerse sobre los pródigos de la que no hablaban las doce tablas, y despues, la de los menores de 25 años (*minores XXV annis*) es decir, la de aquellos individuos que, por hacer poco tiempo que habian entrado en la pubertad, no estaban todavia en estado de administrar bien por sí mismos sus negocios (1).

La ley Letoria fue la que fijó los 25 años como la época en que se llegaba á la mayor edad. Como hasta entonces solo se habian dado curadores á los furiosos y pródigos, parecia degradante para los jóvenes el igualarlos á aquellos y por lo mismo la ley Letoria no daba curadores, sino á los menores que los pedian y que probaban la razon de su solicitud.

§. 264. *Fianzas de los tutores y curadores*.

Las fianzas se exijieron en esta época por los pretores en sus edictos, los cuales segun se ha dicho en la Historia Externa, §. 56, constituian en ella una de las fuentes del derecho. Las palabras con que se espresaba este mandato en el edicto del pretor eran las siguientes: *Rem populi vel*

(1) Ulp. 12, 3 y 4.

adolescentis salvam fore tutorem vel curatorem satisdare jubebo. No se exijia esta fianza al tutor testamentario, á no ser que habiendo sido nombrados varios por el testador, quisiese uno ser preferido á los demas; ni á los que nombraban los magistrados mayores, sino á los legítimos y á los dados por los magistrados menores.

SEGUNDA SECCION.

DE LAS COSAS.

§. 265. *Cosas extra Commercium*.

En esta época vemos ya que los hombres ejercen ciertos derechos sobre las cosas que por derecho natural son comunes á todos (*res extra commercium*). Estos derechos se derivaban: 1.° ó de un simple contrato (*locatio et conductio*) es decir, de un contrato ordinario, cual se usaba en otras ocasiones entre dos particulares respecto de propiedades privadas, modo que se determinó de una manera mas positiva por el pasage del edicto que trata de los derechos sobre la superficie (*superficies*): 2.° ó bien estaban arreglados por una convencion de una naturaleza del todo especial, y que de ningun modo era susceptible de aplicacion respecto de las propiedades raices ó fundos pertenecientes á los particulares. El canon (*vectigal*) que se pagaba cada año consistia en un quintal de trigo, dos quintales de frutos, y ademas cierta retribucion por el derecho de pasturage (*scriptura*).

§. 266. *Servidumbre* (1).

Las cosas corporales se nos ofrecen en esta época gravadas con ciertas servidumbres, cuya estension por miras particulares restringian los jurisconsultos romanos de dos diferentes maneras: 1.° declarando desde luego que estos derechos no podian jamás obligar al propietario de la cosa sometida á la servidumbre á *dar* ni á *hacer*, sino solo á *sufrir* de una manera puramente pasiva, lo cual se espresaba diciendo que toda servidumbre consistia *in patiendo* y no *in faciendo*. Sin embargo, acontecia que la servidumbre á que estaba sujeto le impedia tambien algunas veces hacer uso de su propia cosa (2). Restringiase tambien la estension de estas servidumbres, no concediéndolas jamás á un individuo á título de propiedad, caso que no podia ocurrir sino en las servidumbres inherentes á un inmueble, sino en cualidad de poseedor de otro fundo vecino, por lo cual era susceptible de revocacion, como lo es todo derecho de posesion; y finalmente no concediéndose dicho derecho sino solo á su persona, lo que ciertamente no cambiaba en nada el derecho en si mismo, á no ser que hubiese esperimentado *capitis diminucion*. De aqui resultaba la distincion establecida entre las servidumbres relativas á las cosas, las cuales se llamaban *prædiorum servitutes*, *rerum servitutes*, ó simplemente *servitutes*, *jura prædiorum*, y las servidumbres relativas á las personas llamadas *personales servitutes*, *personarum servitutes*, *hominum servitutes*.

El predio grabado con una servidumbre, ó era un fundo rústico (*rusticorum prædiorum servitutes*), ó un edificio (*urbanorum prædiorum servitutes*). Entre las servidumbres rústicas, los derechos de camino llamados *iter*, *actus* (palabras derivadas de verbos) y *via*, cuya definicion hemos dado en el §. 183, asi como tambien el derecho de aqüeducto (*aqüeductus*) son probablemente las mas antiguas. En efecto, el §. 2.° Inst. 2, 3, despues de haber hablado de estas y antes de designar las urbanas añade: *inter rusticorum prædiorum servitutes quidam computari recte putant*, *&c*, y ademas, Ciceron mismo coloca ya el derecho de llevar las bestias á beber al fundo de otro (*aquæ haustus*) en el número de estas servidumbres. En cuanto á las servidumbres urbanas estaban mas bien consideradas como una especie de fundos de corta estension, que como derechos incorporales, como prueban el fr. 14, pr. D. §. 1, que dice hablando de estos *corporibus accedunt*, y el fr. 17, D. 44, 1, que igualmente espresa *diversa corpora sunt*. Esto nos esplica sin duda porque Gajus no hace mencion de estas servidumbres al referir respecto de las cosas *mancipi* algunos pormenores de que nosotros nos aprovecharemos en lo sucesivo.

(1) *De servitutibus.--Inst.* 2, 3, 4, *de Usufrutu* 5 *de usu et habitatione.* Dig. L. 7. de las servidumbres personales y L. 8 de las servidumbres de los fundos.

(2) Un pasage terminante de Theofilo (2, 3, §. 1) nos prueba que esto se verificaba en el caso de la servidumbre de no recibir el agua de las canales (*Stillicidii non recipiendi servitus*) la cual suponia necesariamente de parte del que gozaba de ella que en otro tiempo habia estado obligado á recibir el agua de las canales de la casa inmediata (*Stillicidii recipiendii servitus*). Esto supuesto héchase de ver bien pronto que la manera mas natural de esplicar la servidumbre de *alzar mas su edificio* (*Altius tollendi*) es la de considerarla como una dispensacion de la servidumbre de no *alzar mas el edificio*. En efecto en el §. 2. Inst. 4, 6, y el fr. 26 D. 44 2, se dice bastante explícitamente que por este derecho de servidumbre el propietario á quien pertenece creia tener la facultad de alzar mas su propia casa sin que su vecino tubiera la misma facultad respecto de la suya (*Jus mihi esse ædes meas usque ad X pedes altius tollere*).

Estas servidumbres urbanas eran varias, á saber; *oneris ferendi*, *tigni inmittendi*, *stillicidii*, *fluminis*, *cloacæ*, *altius tollendi vel non tollendi*, *luminum* y otras §. 1, Inst. t. 3. Gajus Inst. II, 1, 3.

La servidumbre *oneris ferendi* era la que prestaba una pared ó columna de una casa inmediata, sosteniendo ó llevando el peso de la del vecino.

La servidumbre *tigni inmittendi* consistia en la facultad de meter un madero ú otra clase de materiales en la pared del vecino: para comprender bien esta servidumbre debe saberse que por miedo á los incendios estaba prohibido en Roma el edificar las casas unidas unas á otras, siendo por el contrario, preciso dejar entre ellas un espacio que algunos autores dicen era de dos pies y medio, y al cual llamaban *ambitus*. Despues con el aumento tan estraordinario que esperimentó la ciudad se contravino á aquella regla, y las casas se construian ya unidas unas á otras, dejando solo las calles públicas. Heineccio dice que las casas que no estaban unidas por medio de una pared comun se llamaban *Insulæ*; pero confunde sin duda la significacion de esta palabra como espresa Muhl. pues en un principio se entendia por ella la casa que no estaba unida á otras por medio de una pared comun, sino que se hallaba rodeada por un tránsito bien público ó privado; pero en tiempos posteriores se llamó mas propiamente *insula* la casa en que habitaban muchas familias.

Las servidumbres *stíllicidii et flúminis* consistian en conceder al vecino el uso de las aguas de los tejados de uno, para que las emplease en regar sus huertos.

La servidumbre *altiús non tollendi* consistia en la prohibicion que un vecino ponia á otro, en virtud de un pacto celebrado entre ambos, para que no levantase su casa mas

que hasta cierta altura. Sabido es que en Roma las casas en un principio eran de una altura estraordinaria, lo que no solo producia incomodidad á los inquilinos, sino tambien esposicion de que se arruinasen é insalubridad en la ciudad, pues no se respiraba un aire tan libre. Ya antes de Augusto se prohibió este esceso, pero en tiempo de este emperador fue cuando se fijó en cien pies la altura de las casas, y despues otros sucesores suyos la limitaron á sesenta pies.

La servidumbre *altius tollendi* es mas dificil de esplicar. Dicen algunos autores que consistia en la facultad que concedia un vecino á otro para que levantase mas de lo acostumbrado su casa, pero no es creible que fijada por la autoridad la altura que debian tener los edificios les fuese lícito á los particulares desobedecer esta disposicion. Otros creen quizá con mas fundamento que consistia esta servidumbre en la facultad que un vecino concedia á otro para que sobre su casa construyese un cenador ó azotea, y es esto tanto mas creible, cuanto que Dion. Halic. L. X. 32, refiere que habiéndose concedido á los plebeyos por una ley que edificasen en los solares, unos tomaban la parte baja, y otros las superiores y añade, *Nonnulli etiam duo simul vel tres pluresve unas ædes collatis impendis extruxerunt aliis inferiores earum partes aliis superiores sibi capientibus.*

De las servidumbres personales solo hay dos clases; 1.ª El usufructo (*usus fructus*; que se escribia al principio *usus et fructus*) es decir, el derecho ilimitado al uso y al producto de una cosa, en tanto que este derecho puede conciliarse con el del propietario mismo. De aqui resulta que no puede ejercerse sobre cosas, cuya sustancia se destruye ó desnaturaliza necesariamente con el uso (1), y con

(1) Es de notar que ya cita Cic. (Top. 3.) como ejemplo el

este motivo algunos jurisconsultos comenzaban ya á establecer que el hijo de una muger esclava (*ancilla*) no debia considerarse como producto, sino como una simple accesion (*accesio*) de la madre. 2.ª el uso (*usus*) es decir, el simple derecho de usar de los frutos sin absorver su totalidad cuando la naturaleza misma del objeto cuyo uso se ha legado no imposibilita el aplicar esta diferencia; de aqui resulta que la distincion entre el uso y el usufructo solo puede establecerse examinando el mayor ó menor grado de utilidad ó ventaja que puede sacarse de una cosa (1). En cuanto al derecho sobre los servicios de los esclavos (*operæ servorum*) y al derecho de habitacion (*habitatio*) sin duda no se habian considerado todavia como servidumbres propiamente dichas (2). Toda servidumbre personal llevaba consigo ademas, respecto de aquel que la ejercia, la obligacion especial de proporcionar seguridad para su disfrute.

---

caso frecuentísimo del legado del usufruto hecho por un marido á su viuda.

(1) Asi es que la doctrina anteriormente tan esparcida de que el uso no difiere del *usufructus ad necesitatem restrictus* esperimentó de este modo una variacion bastante grande.

(2) El legado de los trabajos de un esclavo segun M. G. Riedel, profesor de derecho romano en Gotinga no daba lugar á una *servitus personalis* de una especie particular. De las razones en que funda su opinion solo citaremos el fr. 2. D. 33, 2. Esta afirmacion era indudable respecto del derecho de habitacion que no llegó á ser una verdadera servidumbre sino mucho despues porque el fr. 10 D. 4, 5, dice, *Si habitatio legatur..... Tale legatum in facto potius quam in jure consistit.* Algunos limitaban la duracion de este derecho á un año.

§. 267. *Consideraciones políticas acerca de la propiedad territorial en Roma.*

La particion que se habia hecho á los plebeyos del monte Aventino del cual una parte estaba antes destinada para pasto, y la promulgacion de las leyes Licinias organizaron una clase media de propietarios que fueron la base de la grandeza de Roma, pues convertida en propietaria la plebe y organizada la clase media le fue facil al senado formar un ejército de diez legiones, 45000 hombres de tropas romanas para contener la revolucion general que en esta época temia de los aliados. Este brillante ejército de ciudadanos propietarios marchó á la lid y aumentando conquistas á conquistas logró estender su dominacion, reducida al principio al estrecho círculo de algunas leguas al rededor de Roma, á muchos apartados paises, empleando en obtener el imperio universal del mundo entonces conocido menos años que habia consumido desde la expulsion de los reyes en terminar sus discordias intestinas. Pero todos estos sacrificios y esfuerzos del paciente pueblo romano no fueron secundados por las disposiciones del senado. Los ricos se encargaron exclusivamente de la administracion pública, y dueños del consulado y de los otros destinos les fue facil aumentar sus fortunas escogiendo lo mejor del botin que ganaban los simples ciudadanos. De este modo los nobles prevalidos de la posicion en que se encontraban elevados se convirtieron en una faccion poderosa y tiránica, y despreciando las leyes concentraron en sus manos ávaras casi toda la propiedad romana de la cual despojaban á los pobres, ora por la violencia, ora por el engaño y la usura. La poblacion plebeya que ganaba las batallas, permaneció, pues, proletaria á pesar de sus diarias conquistas. El senado no rehu-

saba escuchar las quejas de los tribunos, que continuamente clamaban contra una injusticia tan manifiesta; conocia que en efecto la democracia tenia razon; pero desvirtuaba las tentativas que hacian, las cuales quedaban sin resultados. Los Gracos, que quisieron atacar el mal en su raiz y reorganizar la clase media, sucumbieron á la ferocidad de aquella aristocracia corrompida. Desde entonces el mal no tuvo remedio, y la república no se compuso mas que de ricos y de miserables, todos igualmente desmoralizados por su excesiva riqueza ó su pobreza extremada.

§. 268. *Cambios introducidos por el Edicto del pretor en el derecho de propiedad.*

El pretor dió efectos análogos á los que producia la enagenacion solemne de las cosas á la simple tradicion. Pero como estos efectos no podian privar al dueño *ex jure quiritium* de su derecho, se establecieron al mismo tiempo dos clases de propiedad y dos propietarios para un mismo objeto. Una propiedad civil (*ex jure quiritium*) y otra natural (*in bonis*). La primera casi nominal; la otra no reconocida por la ley, pero que tenia casi todos los efectos de la verdadera propiedad, porque el pretor la defendia contra el propietario *ex jure quiritium* por medio de la excepcion *rei venditæ et traditæ* que paralizaba este derecho de dominio, y contra un tercero por medio de la fórmula del pretor Publicius, fórmula que anticipando la usucapion la suponia consumada desde la entrega de la cosa.

Tambien introdujo el edicto del pretor muchos modos de adquisicion que no conocia el derecho civil. Estas transmisiones pretorias no podian en verdad conferir el dominio quiritario; solo daban una simple posesion: pero el pretor protegia esta posesion, acomodando á ella algunas acciones que deducia del derecho civil por medio de ficciones.

§. 269. *Mancipi res.*

La distincion de las cosas en muebles é inmuebles no estaba aplicada en todo su rigor á la materia de la usucapion, porque entonces habia en el comercio una masa enorme de inmuebles. Esta masa comprendia no solo las tierras públicas (*ager publicus*) que se habian hecho ya otra vez susceptibles de transmision, sino tambien todos los bienes situados fuera de la Italia (*Italicum solum*) y á los cuales no era aplicable la usucapion de dos años. Pero se habia hecho al mismo tiempo que esta sin que se pueda saber de que modo otra distincion, por la cual Ulpiano comenzaba la exposicion de la doctrina de cosas, segun hemos podido juzgar por los fracmentos de su obra que han llegado á nosotros. Esta diferencia es la que se admitia entre las cosas susceptibles de emancipacion (*mancipi res*, palabras cuya inversion estaba admitida, ó propiamente *mancipii res*) y las que de ella no eran susceptibles (*nec mancipi res*, palabras cuya inversion se hallaba tambien admitida). Gajo y Ulpiano nos dan á conocer como formando parte de la primera clase:

1.° Las tierras situadas en Italia, ó bien en las comarcas que por los derechos de que gozaban estaban consideradas como parte de la Italia.

2.° Las servidumbres con que se hallaba gravado un inmueble que no era edificio: pero no se sabe si todas las servidumbres se hallaban en este caso, ó si eran solo las designadas á este efecto de un modo especial, y ya hemos dicho (§. 267) que Gajo no las cita tampoco al tratar de las

servidumbres (1). Sin embargo, en otro lugar las presenta formalmente como las únicas cosas incorporales que sean *mancipi* (2).

3.° Los esclavos (*servi*) ó como dice Gajo, *serviles personæ*, y las personas libres, *liberæ personæ*, porque está demostrado que esta distincion se aplicaba ya antiguamente á estos últimos. En efecto, citaremos un ejemplo para que se comprenda mejor esta doctrina que parecerá chocante. Como la patria potestad romana en sus primeros tiempos no encontraba límite alguno legal que la contuviese, los padres podian vender á los hijos para lo cual usaban de la fórmula solemne de la *mancipatio*; en este caso el comprador tenia al hijo de familias *in mancipium*, §. 173: véase pues como un hombre libre se contaba en dicha época como una cosa *mancipi*. Los hijos de familia, sin embargo, segun la opinion de algunos, no podian contarse en el número de las cosas *mancipi*, aun cuando se vendiesen por medio de la mancipacion, pues que por este medio solemne se daban tambien muchas cosas que no eran *mancipi* (3). Ademas Ulpiano nombraba y Gajo designaba tambien como tales las bestias de carga y de tiro, á escepcion sin embargo, de aquellas que en Italia no se cuentan en el número de animales domésticos (4).

---

(1) P. 31, lín. 16.

(2) P. 58, lín. 14.

(3) Cann. Vid. Ballhoru. Rosem. l. 1, p. 80, seq. Schilling. Bem. iib, R. G. p. 180. Muhl.

(4) Vide respecto de la palabra *quadrupedes* el *Civilistisches Magazin*, tom. 1, p. 272 (104). Varron (*de re rustica* 2), al tratar de los esclavos (*servi*) y otros animales domésticos, bajo el aspecto del *jus in parando* da margen á una dificultad tocante á las bestias de tiro y de carga en cuanto no habla de la mancipacion sino al hablar de los esclavos. Puffendorf (observ. 2, 29, §. 11) y los profesores Zachariæ y Meister de Breslau han tratado de resolver esta dificultad. La opinion emitida por estos últimos apenas tiene alguna analogía con lo que Gajo afirma (p. 58, lín. 1 y sigs.) cuando dice que los adversarios de aquellos que él consideraba como sus maestros pretendian que solamente podian considerarse como cosas *mancipii* los animales domésticos y que no debia darse este nombre á los feroces que no pueden domesticarse.

Estos dos autores terminan esta enumeracion por una frase susceptible sin duda de otra interpretacion, pero cuyo sentido mas natural es que todas las demas cosas á escepcion de las dichas, sean consideradas como *nec mancipi res* (1), Colocábase en particular en esta última categoría todas las que podian *pesarse*, *contarse* ó *medirse* (*pondere, numero et mensura constat*).

§. 270. *Exámen del caracter general de las cosas* MANCIPI *deducido del de cada cosa en particular.*

Queriendo conocer los caracteres naturales que distinguian las cosas que formaban parte de la primera especie de las que componian la otra, hemos descubierto dos principales que Gajo les asigna espresamente. En primer lugar todas las cosas *mancipi* eran, ó corporales, ó al menos muy semejantes á las cosas corporales (§. 267) y en segundo se consideraban constantemente como preciosas (2),

---

(1) En efecto, la frase *cœteræ res nec mancipi sunt* podria muy bien significar que los demas animales son cosas *nec mancipi*. Pero el cuidado que ha tenido Ulpiano, no solo de presentar algunos ejemplos de las *mancipi res*, sino de citarlas todas, hace imposible el admitir esta interpretacion.

(2) Binkershoek insiste en darlas este carácter. Efectivamente es el que mas llama la atencion. Gajus emplea tambien (p. 51,

es decir, que no se tenia consideracion á su peso, á su número, ni á su medida. A estos caracteres es preciso que añadamos, que es probable que se comprendiesen bajo esta denominacion todas las cosas que los antiguos romanos habian conocido desde su orígen; y en fin, otra observacion que importa no olvidar, á saber, que entre ellas se comprendian igualmente todas las que tenian lo que los modernos llamamos una individualidad especial, ó en otros términos, como los romanos se hubieran espresado, todas las que era fácil reconocer y distinguir en su especie *(species)* (1). Ahora bien, aplicándonos á definir las cosas *nec mancipi* hallamos que cada una de ellas carece necesariamente al menos de uno de estos caracteres, aun cuando por otra parte posea todos los demas. Esta última diferencia nos basta, por que se concilia muy bien con el efecto que producia sobre el derecho civil, efecto que no tardaremos en dar á conocer, y ademas porque tiene mucha analogía con las cosas que en los otros pueblos no tenian necesidad de un nombre jurídico particular para distinguirse claramente de las otras, porque para esto les bastaba su cualidad natural de *inmuebles*. Otra consecuencia resulta de aqui, á saber; que no tenemos necesidad de establecer otros caracteres que estos, porque todos los que se han querido añadir son ó forzados, ó se hallan desnudos de pruebas, ó son manifiestamente falsos (2).

lin. 15) las palabras *preciossioribus rebus* como equivalentes á las *rebus mancipi*. Sin embargo, debemos observar que el oro y la plata eran *nec mancipi res*.

(1) Rosmann no ha fijado su atencion en esta circunstancia. Sin embargo, un perro, un gato, &c., pueden fácilmente distinguirse y sin embargo, no consideraron esta razon suficiente para colocarlos entre las cosas *mancipi*.

(2) Isidoro esplica las *mancipi res* diciendo que esta palabra

§. 271. *Influencia de esta distincion en el derecho civil.*

La influencia que esta distincion ejerció en el derecho civil no fue la de que las cosas *mancipi* fuesen las únicas susceptibles de ser objeto de la propiedad romana (*ex jure quiritium*), ó bien la de que las cosas *nec mancipi* fuesen las solas susceptibles ya de formar parte de esta propiedad, ya de estar *in bonis*. Como esta influencia se referia igualmente al *mancipium* que á la *mancipatio* (§. 193) resulta, que consistia en que tratándose de una *res mancipi*, solamente la

trae su origen de *quæ manu tractari possunt*: pero esta esplicacion no podrá referirse á los fundos rústicos. Trekell piensa que solo los romanos podian poseer estas cosas. Meesman cree que eran *res mancipi* las que pertenecian á la agricultura: en favor de esta opinion se habia invocado ya anteriormente la autoridad de Columella, que espresamente dice que se servian para los trabajos del campo de las bestias de carga y de tiro. Pero seguramente no se pueden considerar como pertenecientes á la agricultura, ni colocar en la misma clase que las semillas y los instrumentos agrícolas á una casa, v. g., situada en Roma, á un esclavo ó esclava de quienes se sirviese su dueño para que cuidaran de sus hijos á un caballo de silla, á los arneses de los carruages de camino, cosas todas *mancipi*. Por otra parte no encontramos entre los romanos ninguna otra institucion análoga á esta que pueda demostrarnos como en un pueblo agricultor y tan guerrero como el romano, la agricultura sola habia de haber producido un efecto que las armas no habian obtenido. Bricherius Columbus ha espuesto en contra de F. C. Conradi una porcion de argumentos para probar que las *mancipi res* eran las cosas útiles, fáciles de conservar y susceptibles de cogerse con la mano. ¿Pero cómo hubiera podido convenir esta última circunstancia á los bienes fundos? Hommel ha sostenido por algun tiempo que se entendia solo por cosas *mancipi* las útiles para la guerra, y Gibbon cree que llamaban asi al botin que cogian al enemigo.

Puffendorf pensaba que el caracter esencial de todas las *mancipi res* consistia en que se enumeraba en el censo cada una de ellas

mancipacion, y no de la simple tradicion (la cual bastaba para una cosa *nec mancipi*) era la que podia transferir la propiedad romana (*ex jure Quiritium*) y por consiguiente que siempre que respecto de estas cosas no hubiese intervenido mas que una simple tradicion, el objeto transferido de este modo no se hallaba mas que en la posesion (*in bonis*) de aquel que le recibia. Todas las otras maneras de adquirir, tanto las que producian la propiedad romana, como las que solo hacian que un objeto se hallase *in bonis*, eran aplicables á las dos clases de cosas (1). De esta distincion resultaba, que se concedia la vindicacion mas facilmente para una

---

á parte. Sugirióle esta idea la lectura de un pasage de Ciceron (*pro Flacco*, 32) donde se trata de un romano, llamado Decianus, que se habia hecho reo por haber saqueado á los habitantes de Apollonis en Lycia. Este Decianus se habia apropiado algunas tierras en esta comarca, haciendo que se sentasen en Roma en el censo como si fueran propiedades suyas, operacion que se llamaba *in censo dedicare*, ó bien *in censum deducere*, segun se espresa en el fr. 64, D. 41, por un autor contemporáneo. Se acusó á Decianus, y entre otras causas de nulidad, se alegó la de que los bienes que se apropiaba no eran *res mancipi*, ni tampoco *prædia in italico solo*, ó como dice Ciceron, que no gozaban del derecho civil (*jus civile*) y por consiguiente que no eran *censui censendo* y no podian *subsignari apud ærarium, apud censorem*. Ignoramos si por estas últimas palabras debe entenderse que no podia uno manifestarse como propietario ante el censor mas que de las cosas *mancipi*, ó acaso solamente de los fundos que eran *mancipi res*, asi como la ley determina entre nosotros la diferente clase de papel en que se han de estender ciertos documentos. Finalmente tampoco sabemos si entre la palabra *mancipi*, cuando se usaba hablando de las cosas y la palabra *manceps* de que se valian al tratar de las personas, habia la misma relacion que entre los dos términos de *prædia* y *præx*.

(1) Como la mancipacion respecto de las cosas muebles traia siempre en pos de si una tradicion, se sigue que se podian tambien mancipar las cosas *nec mancipi* cuando habia un motivo para

cosa *nec mancipi*, que para una cosa *mancipi*, puesto que bastaba un abandono tácito para transferir la propiedad de las primeras. Pero un segundo efecto, del que sin embargo no se puede hacer derivar la palabra *mancipi*, y acerca del cual nos suministra un ejemplo la tutela de las mujeres romanas, consistia en que estas no necesitaban de la autoridad de su tutor (*tutoris auctoritas*), sino cuando querian enagenar una cosa *mancipi*. Posible es que la distincion de que acabamos de hablar produgese tambien otros efectos, de que no nos haya quedado señal. Pero en cuanto á los que conocemos, facil nos es ponerlos en armonía con los caracteres distintivos de estas dos clases de cosas (§. 270). En efecto, es muy natural que se opongan mayores restricciones á la enagenacion de los objetos preciosos, que no á la de cosas de corto valor, ó que solo adquieren alguno en razon de su número. Pero no es menos justo tambien que el derecho de vindicacion contra un tercer poseedor de buena fé llegue á hacerse nulo cuando se trata de cosas de poco valor, ó al menos que no sea tan riguroso como cuando se trata de cosas de un gran precio. Pocas hipótesis hay que presenten un interés tan grande como esta que acabamos de ha-

---

emplear respecto de ellas este modo que llevaba consigo tantas dilaciones. Tambien sabemos que se seguia este método respecto de las perlas de gran precio, pues Plinio, al hablar de estas, dice de un modo terminante, *in mancipatum veniunt*. Cierto es que podria oponerse la autoridad de Ciceron que nos manifiesta (Top. 10) que cuando una persona obtenia por medio de la mancipacion una cosa que no podia ser mancipada, esta formalidad no hacia que adquiriese la propiedad de ella. Pero á esto se ha contestado y con fundamento que en dicho pasage no se habla precisamente de cosas *nec mancipi*, puesto que su doctrina puede referirse tambien á las cosas *extra commercium*, á las cuales no se puede dudar que el principio establecido por Ciceron no era aplicable.

cer, para merecer que se intente una accion, cuyo éxito necesariamente será hacer recaer un apercibimiento cualquiera sobre otra persona. La individualidad, es decir, la facilidad de ser reconocidas, que forma el carácter de todas las cosas *mancipi*, se conforma muy bien con este efecto: porque la publicidad del acto no puede ser útil, sino cuando se trata de cosas fáciles de reconocer, puesto que si la vindicacion se entablaba, por ejemplo, respecto de una pieza de oro, ningun *libripens*, ni ningun testigo podria afirmar que el objeto que se le manifestaba era el mismo á cuya enagenacion se halló presente (1).

§. 272. *In bonis*.

Ningun autor nos indica (2) que se entienda por esta palabra; sin embargo para conformarnos con el principio que hemos establecido, admitimos la doctrina en virtud de la cual una cosa puede hallarse simplemente en los bienes (*in bonis*) de un individuo. Esta expresion, á la verdad, no se ve empleada como término técnico en el cuerpo del derecho de Justiniano. Sin embargo, dió origen á la palabra δεσποτης βονιταριος empleada por Theofilo; para recordar la cual

(1) El Civilistisches Magazin (tom. 2.º p. 87, 83), comprende tres análisis hechos por Trekell de los escritos publicados sobre este punto desde 1739 hasta 1742, por Conradi Rosman y Meeman, á los cuales ha añadido Hugo algunas anotaciones. Gajus confirma en todas sus partes la opinion emitida en estos diversos artículos con la sola diferencia de que un modo natural de adquirir puede producir tambien algunas veces la propiedad romana (*ex jure Quiritium*).

(2) Cic. (ad Div. 13, 30). se vale de la espresion *in bonis*; pero es hablando del heredero y no de una cosa en general.

han introducido los modernos la de propiedad ó dominio bonitario (*dominium bonitarium*). No obstante hubiera valido mucho mas llamar *natural* este derecho, es decir, la φυσυκμ δεσπολεια que existe en este caso. Tambien hubiera sido quizá preferible dejar á un lado la palabra *dominium* inusitada en esta acepcion en buena latinidad: y no hablar sino de la simple detentacion, de la posesion puramente física, tal como se conoce universalmente. Tener un objeto *in bonis* no es por cierto lo mismo que poseerle de buena fé (*bona fide posidere*), aunque sin embargo sea muy posible, que en tiempos anteriores á los que nos referimos, no se distinguiesen todavia estos dos casos de una manera tan precisa (1). Podia uno tener *in bonis* una cosa, de la cual otro fuese propietario, ó sobre la cual nadie ejerciese el derecho de propiedad romana (*ex jure Quiritium*). Ya hemos expuesto (§. 253) las consecuencias que resultaban de este derecho, por lo tocante á la manumision (§. 256) y las que de él se derivaban respecto del poder que tenia el señor sobre el esclavo. Es verosimil que el hecho de tener una cosa *in bonis* produgera ya en favor del poseedor la excepcion llamada *rei venditæ et traditæ exceptio*, la cual tenia lugar aun contra el propietario romano (*ex jure quiritium*), que queria invocar la vindicacion, principalmente en el caso en que este mismo habia transferido la propiedad natural á otro, aunque esta última doctrina no se halla consignada, ni en Gajo, ni en las Instituciones. Por lo demas, parece muy dudoso que

(1) El límite entre ambos modos está perfectamente trazado por Ulp. (19, 20 y 21). Este jurisconsulto dice en un pasage *si servus alterius in bonis..... sit, ex omnibus causis adquiret* (ó mas exactamente *adquirit*) *ei cujus in bonis est*: y en otro *est quem bona fide possidemus..... nobis adquirit ex duabus causis tantum*.

una demanda dirigida contra un tercer poseedor que no se hallase obligado, pudiera ya dar lugar á la accion dicha *Publiciana in rem actio* que es probable introdugese el pretor en el edicto: pero hasta el principio del período siguiente (año de Roma 685) no hallamos un pretor revestido especialmente del nombre de pretor de los extrangeros (*prætor peregrinus*).

Entre los diferentes casos que pueden dar origen al hecho de tener una cosa *in bonis* debemos colocar el principio ya citado *superposita inferioribus cedunt*. Es indudable que este principio no producia la accesion (*accessio*) de una cosa comprendida en la propiedad (*ex jure quiritium*) como la de una cosa comprendida *in bonis*. El derecho de propiedad ó mejor dicho, el derecho sobre la cosa que se adquiere de esta manera se regla lo mismo que todos los casos en que la cosa accesoria no forma mas que un todo con la principal, ó en otros términos, segun el derecho á que estaba sometida esta última, es decir, la que existia anteriormente. No se sabe con certeza si los antiguos colocaron en el número de las maneras como se podia tener una cosa *in bonis*, la posesion dicha (*longi temporis possessio*) de largo tiempo, es decir, de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, y para la que era necesario que hubiese tenido un origen fundado en un principio válido (*justum initium* llamado tambien *bonum initium*). (1) Todo lo que sabemos de positivo sobre este punto, y discurriendo segun las ideas mas exactas es, que esta posesion no era un modo de adquirir la propiedad civil (*jure civili*), aunque Justiniano haya tratado de ella al hablar de esta última.

(1) Paul. Sent. 5, 2, §. 3 y 4.

§. 273. *Cambios que sufrieron las maneras de adquirir* EX JURE QUIRITIUM.

La tradicion se encuentra ya entre los modos de adquirir la propiedad romana (*ex jure quiritium*) aunque es cierto que en el principio no servia de fundamento mas que á una simple propiedad natural, y que Gajus mismo (1) todavia no la da otro carácter. Ulpiano la coloca inmediatamente despues de la emancipacion, porque no se ejercia como esta indistintamente en las cosas *mancipi* y *nec mancipi*, sino que constituia una especie particular de enagenacion (*propia species alienationis*).

Un uso nuevo se habia introducido en la emancipacion y era el de exigir que el *libripens* y los testigos (*testes*) no se hallasen ligados con ninguna de las dos partes principales por el vínculo del poder paterno. Tambien exigia la emancipacion mayor número de convenciones; tales por ejemplo, la de que *vaden ne posceret nec dabitur* (2).

La tradicion exigia una justa causa (*justa causa*) y ademas era necesario que transfiriese la posesion libre de la cosa (*vacua possessio*) término técnico que en esta época llegó á hacerse muy usual.

Respecto de la usucapion, es decir, la primera de las diversas maneras de adquirir la propiedad (*ex jure quiritium*) que fue comun á dos especies de cosas autorizó el uso, el empleo de las expresiones causa de posesion (*causa possesionis*), principio justo (*justum initium*), término usado principalmente cuando se trataba de la posesion *longi tem-*

(1) P. 69, lín. 14.
(2) Varro de L. L. 5. 7.

poris, y en fin, la de título (*titulus*) por la cual se designaba despues la usucapion misma. Este uso se hizo tan general que se indicaba por medio de la partícula *pro* (1), ó por *ex* (2) la naturaleza de la posesion, en el examen de la cual no se seguia un órden riguroso, ni se empleaba solamente la expresion general *pro suo* con respecto á todos los modos naturales de adquirir, sino tambien cuando la emancipacion, la tradicion ó la cesion *in jure* habian dado origen á la posesion. Es creible que en esta época estaba generalmente admitida la opinion (3) de que el heredero podia adquirir por prescripcion una cosa que su antecesor no hubiera podido adquirir de esta manera por poseerla sin título válido (*sine justa causa*) con tal que dicho heredero invocase para su posesion otro motivo que su antecesor. El axioma: *que ninguno puede cambiar en sí mismo la causa de su posesion* (*nemo sibi causam possessionis mutare potest*) se hallaba tambien en continuo uso. La buena fé (*bona fides*) se exigia indudablemente para la usucapion; pero al principio esta condicion no era necesaria para las cosas

(1) *Pro emptore*, *pro dote*, *pro donato*, *pro suo*, son las cuatro fórmulas.

(2) *Ex causa emptionis et ex emptione.*

(3) Ya dijo Mucio y quizá tambien Pomponio (fr. 3. D. 41, 5 (6) *plerique putaverunt si heres sim et putem rem aliquam ex hereditate esse, quæ non sit, posse usucapere.* Cierto es que se puede interpretar esta frase de modo que dé á entender que no habia necesidad que el difunto hubiese poseido la cosa y que bastaba que el heredero la considerase por error como perteneciente á aquel á quien sucedia. Pero es mucho mas verosimil creer que todavia no se habia decidido de una manera exacta si la posesion del difunto y la del heredero reunidas formaban ó no una sola y misma posesion, cuestion en favor de cuyas dos opuestas opiniones podian aducirse muchos argumentos.

muebles. No se podia adquirir ya por usucapion una herencia en masa, como anteriormente; pero seguian adquiriéndose sin embargo fundos hereditarios, ora en cualidad de heredero (*pro hærede*), ora por el uso de estos bienes (*usu receptio*) por espacio de un año, cuando habia habido contrato fiduciario (*fiducia*), pero no cuando se habian tenido á título precario ó de arrendamiento (*prædiatoria usu receptio*).

En esta época se solventó por medio de la ley Atinia una duda que ocurria acerca de la usucapion de las cosas hurtadas. Creiase que la prohibicion que acerca de la usucapion de estas cosas habian establecido las doce tablas se referia solo al ladron, error que hizo desaparecer esta ley, disponiendo que perteneciese siempre á su dueño lo que le fuere hurtado; *quod subreptum erit, ejus æterna auctoritas esto.*

La tutela legítima de una muger romana era un obstáculo para la usucapion de las cosas que pertenecian á dicha muger. Comunmente se cree que en la época de que hablamos, la usucapion se aplicaba tambien á las servidumbres; pero ni el pasage de Ciceron (1), ni el de las Pandectas,

(1) Cic. pro Cæs. C. 26. *Aquæductus, haustus, iter, actus à patre sed rata auctoritas harum rerum omnium à jure civili sumitur.* Desde Raevardus todo los jurisconsultos explican este pasage diciendo que *rata auctoritas* es precisamente la usucapion designada por Ciceron en el ejemplo precedente; pero que *jus civile* expresa aqui una idea contraria á la de la palabra *legibus* que se emplea tambien en este ejemplo. Sin embargo, cuando se lee atentamente este pasage sin aislarle de lo que precede se vé que no hay necesidad ni de una ni de otra de estas dos hipotesis para hacerle inteligible y que basta que la validez de las servidumbres sea garantida por el derecho positivo en general, ya se halle esta garantia en las leyes mismas (*leges*), ya se encuentre solo en el *jus civile*. Vide tambien Conradi *triga libellos*.

donde se habla de la ley *Scribonia*, que establece la doctrina contraria, justifican esta conjetura, y no pueden hacerla prevalecer contra la autoridad unánime de los jurisconsultos romanos, que aseguran todos que la usucapion no se estiende á las cosas incorporales (1).

En fin, si fijamos nuestra vista sobre la *cessio in jure* hallamos la doctrina de su aplicacion con relacion á las sucesiones. Esta aplicacion, tal como Ulpiano nos la describe, seria completamente inexplicable; pero Gajus habla de ella en términos bastante exactos para probarnos que en nada se parecia ya á lo que habia sido anteriormente.

§. 274. *Prescripcion de los fundos provinciales.*

La usucapion de que hemos hablado en el §. anterior como que daba el dominio quiritario, solo tenia aplicacion respecto de las propiedades romanas, es decir, de los bienes fundos de la Italia y de las ciudades que por privilegio se les habia concedido el *jus italicum*; los demas fundos provinciales no eran susceptibles de usucapion, puesto que no podian tenerse en el dominio quiritario. Pero para este caso estaba reemplazada por la posesion de largo tiempo (*possessio longi temporis*), cuya duracion era cinco ó quizá diez veces mas larga que la de la usucapion. Este modo de adquirir se fundaba en el principio que se introdujo de que el que habia adquirido de buena fé y en virtud de justo título una cosa y la habia poseido durante largo tiempo debia obtener en todos los casos una excepcion (*præscriptio*) contra las pretensiones del propietario anterior. Esta excepcion, buena para defenderse el poseedor, no servia de nada para perseguir la propiedad de la cosa. Mas habiéndosele unido una accion útil, la *longi temporis possessio*, tomó todos los caractéres de una verdadera adquisicion de dominio. Sin embargo, no era la propiedad *ex jure quiritium* la que daba, sino solamente la propiedad llamada *in bonis*, la propiedad *natural*.

(1) Schulting observa que despues de dada la ley *Scribonia* los jurisconsultos se contentaban siempre con alegar raciocinios contra la usucapion de las servidumbres; y en efecto ni una sola vez se les ve citar esta ley en apoyo de esta doctrina. Sin embargo, se pueden suscitar objeciones contra la asercion emitida por este mismo escritor de que todos estos raciocinios no tienden á que se considere como inadmisible mas que la usucapion de una servidumbre rústica (*rustici prædii servitus*) y que la frase de Paulo *idem et in servitutibus prædiorum urbanorum observatur*, puede considerarse como con relacion á la legislacion positiva.

§. 275. *Fin de la propiedad. Derecho sobre la cosa empeñada.*

De todas las restricciones que la ley puede imponer á la propiedad no hay una que influya mas sobre el fin de esta que el derecho de enagenacion que respecto de ella ejerce el acreedor. Los jurisconsultos romanos, al tratar de los bienes incorporales en la exposicion de los principios del derecho civil, no hablan del derecho de los romanos sobre la cosa del deudor (*rei obligatio*, palabras cuya inversion estaba admitida). Tampoco se ocupan de ella sino en el momento que llegan á hablar de la enagenacion. Harto dificil es determinar con precision los principios sobre los cuales reposaba el conjunto de este derecho en la época en que llegó á su entero desarrollo. Consiste esta dificultad en que este derecho tenia su aplicacion en la *mancipatio* y la *in jure cessio*, de las cuales Justiniano no habla jamas una sola

palabra; y ademas, en que las fuentes auténticas del derecho romano no nos suministran sino escasas noticias respecto de el, siendo esto hasta tal punto cierto que el derecho romano mas moderno deja todavia mucho que desear sobre este punto. Isidoro es quizá entre todos los autores el que suministra mayores luces: distingue tres formas bajo las cuales puede ejercerse este derecho, á saber; la prenda (*pígnus*) la fiducia (*fiducia*) y la hipoteca (*hipotheca*). La primera de estas formas, la prenda (*pignus*), consistía en la entrega de la cosa misma en manos del acreedor, el cual entonces no tenia que cuidar mas que de impedir que cayese en manos de un tercero. La segunda, la fiducia (*fiducia*), asi como la mancipacion misma, no se usaba sino en ciertos casos, por ejemplo, en la venta repetida por tres veces del hijo de familia; entonces servia para abreviar la pesadez de una enagenacion regular, y consistia en que el que recibia la propiedad (*ex jure quiritium*) prometía al que se la transferia devolvérsela en un caso determinado. Por lo regular este nuevo propietario dejaba al otro la posesion, pero solo una posesion precaria (*precarium*), es decir, tal que el nuevo señor podia en todo tiempo reivindicarla. El modo de dar garantías al Tesoro público (*ærarium*) era particularmente el siguiente. Los fiadores (*prædes*) le vendian las heredades (*prædia*); se garantizaba el pago bajo la responsabilidad de estas heredades (*prædibus prædiisque*), entonces en caso de necesidad el Tesoro vendia estas heredades (*prædia*) á los que las adquirian llamados *prædiatores*, de donde resultó el derecho que tomó el nombre de *jus prædiatorium*. En fin, la hipoteca (*hipotheca*) de la que hace ya mencion Ciceron, aunque, en verdad, solamente lo verifica en un caso en que hablaba de una provincia, puede muy bien no haber sido mas que una sim-

ple promesa, no acompañada de tradicion, de mancipacion, ó de *in jure cessio*, y por la cual el acreedor se sometia á restrinjir su derecho sobre tal cosa determinada. Pero no podremos admitir que una convencion (*pactum*) de esta naturaleza pudiese engendrar una accion y aun menos una accion susceptible de dirijirse contra un tercer poseedor, en oposicion del cual el acreedor hipotecario no tenia ninguna demanda que formar. (1) La significacion del nombre griego que lleva esta accion es un motivo mas que nos prueba que no se la admitia facilmente (2). Semejante institucion no estaba exenta de algunos inconvenientes para el comercio, pero lo que contribuia á disminuir los riesgos que podia presentar bajo este respecto es que la ley castigaba severamente al deudor, que habia empeñado una misma cosa á muchos acreedores, sin dar á conocer al último hipotecario los que le precedian (3). No es facil designar con precision la época á que remontan las primeras señales de una prenda tácita, (*pignus qui tacitè contrahitur*) es decir, de fijar el tiempo en què el contrato de préstamo llegó á hacerse tan frecuente entre los romanos que no era nece-

---

(1) Muchas veces se habla en las Pandectas de la accion llamada *pignoratitia in rem actio* que ordinariamente suele confundirse con la *hipotecaria actio* aunque es bien diferente. V. Grolmann y de Lochr en el Civilistisches Magazin tom. III. p. 129.

(2) La palabra *obligare debet* empleada en la *obligatio prædiorum* se referia quizá á este caso: sin embargo puede producir alguna duda sobre este punto el que semejante convenio preparatorio no tenia necesidad de gravarse *en cobre* como el monumento entero de que hablamos, porque esta formalidad solo era necesaria cuando se habia consumado el acto.

(3) Fr. 15. §. 2. D. 20, 1... *Ut effugiant periculum, quod solent pati qui sæpius easdem res obligant.* Vide tambien el fr. 36 ó f. D. 13, 7 y fr. 3. D. 47, 20.

sario renunciar formalmente en el acto que el acreedor hipotecario tuviera por garantía de la suma prestada un derecho sobre los frutos de la cosa. Como de aqui era de donde resultaba la accion llamada *Serviana actio* y quizá tambien el *Salvianum interdictum* es creible que esta época fuese la en que fueron pretores Servio y Salvio, autores de estas acciones. En cuanto al interdicto Salviano ignoramos hasta que punto podia aplicarse contra un tercer poseedor. Mas dudoso se presenta aun que un romano pudiera empeñar no solo lo que á la sazon poseyese, sino tambien lo que estaba en el caso de poseer algun dia (*quæ habet, quæve habiturus est*). Una muger romana no podia enagenar una cosa *mancipi* sin la autorizacion de su tutor (*tutoris auctoritas*). De la relacion que existia entre la propiedad *ex jure quiritium* y la posesion *in bonis* es de donde se derivan al presente todos los casos en que se puede conservar la cualidad de propietario *ex jure quiritium*, mientras que otro tiene la cosa *in bonis* (1), ó tambien mientras que esta cosa no está realmente poseida *in bonis* por nadie. (2).

§. 276. *Adquisicion, por medio de los que se hallan bajo la* POTESTAS, MANUS ó MANCIPIUM *de otro.*

El peculio (*peculium*) de un esclavo era en esta época una cosa tan frecuente que aun en Caton, el anciano, hallamos la designacion de esclavos llamados *vicarii servi*, es decir, esclavos que pertenecian al peculio de otro esclavo. Si uno era propietario de un esclavo por *derecho quiritario*, y otro tenia este mismo esclavo *in bonis*, este último adquiria

(1) Vide el caso en Gaj. p. 64, lín. 4, 13; y Ulp. 1, 16.
(2) Tal es, por ejemplo, el caso del esclavo *qui in libertate moratur* (Vide §. 253)

por medio del esclavo. Cuando por el contrario, se poseia de buena fe á un hombre á título de esclavo, ó solo se tenia el usufructo de un esclavo de otro, no se adquiria por medio de este esclavo sino los productos de su trabajo ó las donaciones que le hacia un tercero en razon de los servicios que hubiera podido procurarle (1). Del mismo modo que se adquiere la propiedad por conducto de los que uno tiene *in potestate*, se adquiere tambien por medio de aquellos que uno tiene *in manu* ó *in mancipio*; pero es muy dificil el poder emplear esta manera de adquisicion.

§. 277. *Influencia de las relaciones de familia sobre el derecho de propiedad* (2).

Gajus en su resúmen científico del derecho civil no trata de la influencia de las relaciones de familia sobre el derecho de propiedad. Ulpiano por el contrario, se ocupa de ellas al mismo tiempo que examina la que ejerce el matrimonio sobre el mismo derecho.

La influencia de la autoridad paterna no sufrió todavia en esta época cambio alguno. Sin embargo, entre los modos de adquirir que derivan del matrimonio encontramos que se hace expresa mencion de la dote (*dos*), de la cual se habla tambien cuanto es posible al esplicar la *in manum conventio*, y de tal suerte que da lugar á presumir que la muger misma en este caso, se daba en plena propiedad á

(1) Ulp. 19, 20 y 21. Vide §. 272.
(2) Ulp. 6. *De Dotibus* 7. *De jure donationum inter virum et uxorem.*—*Dig.* 23, 3. *De jure dotium.* 4. *De pactis dotalibus.* 23. 3. *Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur.*

su marido (1). Hácese ademas mencion de ciertos plazos que se proponian, á cuya conclusion debia entregarse la dote al marido. Ignórase cual fue el origen que dió lugar al establecimiento de estos plazos, pero se sabe positivamente que si se trataba de una cantidad en metálico, eran exactamente los mismos que los que la ley habia fijado para exijir del marido la restitucion de esta misma suma (2). Como en esta época era todavia perpetuo el matrimonio no habia inconveniente alguno en que los bienes de la muger se confundiesen con los del marido: pero cuando en el siglo VI Carvilio dió el primer ejemplo del divorcio, que tan frecuente se hizo en lo sucesivo, las mugeres saliendo de la familia de sus maridos por medio de ceremonias análogas á las que les habian hecho entrar en ella, se vieron despojadas de sus bienes. En tales circunstancias los jurisconsultos y pretores vinieron en su socorro, llenando el vacio que en este punto dejaba el derecho civil, por medio de las *cautiones* y las *actiones rei uxoriæ*. Para fortificar estas convenciones matrimoniales fue para lo que el pretor concedió la *actio rei uxoriæ*. Si la muger moría antes que se hubiera decidido el divorcio, sin que el marido hubiese in-

(1) Cic. (*Pro Flacco* 34.) *In manum inquit convenerat. Doti, inquit, Valeria pecuniam omnem suam dixerat.* Sin embargo este pasage no puede tomarse como una prueba positiva porque tambien es facil que Cic. se limitase en él á fijar los argumentos de su contrario, entre los cuales tendria que poner antes el segundo porque no tendria mucha confianza en el primero.

(2) "Segun las leyes de los romanos el dinero que se devuel- »ve á la muger con el título de dote debe pagarse en el espacio de »uno, dos ó tres años al paso que antes segun sus costumbres el »menage de casa debia devolvérsele en el término de diez meses" (Polibio 32, 13,) Niebhur ha creido hallar en la última parte de este texto un ejemplo del año cíclico.

currido en (*mora*) morosidad, es decir, sin haber dado lugar á pedirle la restitucion de la dote, el heredero de la muger no podia exijir de él dicha restitucion (1). Sin embargo, los modernos no han conseguido todavia determinar que derechos acerca de la dote pueden creerse establecidos por la ley Julia *de maritandis ordinibus*. Pero ya anteriormente hemos tenido ocasion de establecer, que el marido tenia en esta época el derecho de retener algo, cuando restituia la dote; ignoramos ciertamente si estas retenciones (*receptitia*) en el matrimonio tenian lugar aun cuando no hubiese intervenido la *in manu conventio*: de todas suertes, nos es permitido conjeturar, segun las falsas interpretaciones que no tardaron mucho en darse á estos derechos, que provenian de una legislacion muy antigua (2). Las donaciones entre los esposos no eran válidas.

Acerca de la influencia de la tutela sobre el derecho de propiedad ya hemos hablado en los §§. 271 y 275.

§. 278. *Hæreditas y bonorum possessio.*

Entre las diferentes maneras de adquirir una universalidad de bienes (*universitas*), se nos ofrecen dos modos particulares que tienen su aplicacion en caso de muerte, á saber; la herencia (*hæreditas*, *hæreditas justa*) segun Varron, y la posesion de bienes (*bonorum* ó *hæreditatis possessio*) llamada tambien simplemente *possessio*. La he-

(1) Ulp. 6, 7.

(2) Aul. Gel. (17, 6) refuta una falsa opinion que se halla tambien reproducida en Festo; á saber: la de que un esclavo *receptitius* era lo mismo que un esclavo que se hubiese recobrado (*redhibitus*).

rencia era el antiguo modo legal reconocido como rigorosamente romano, y el solo tambien que se consideraba propiamente como jurídico (*ex jure civile* ó *ipso jure*) (1), por el cual se entraba en el goce de los bienes de un ciudadano romano. El tiempo y formas que se exigian para el ejercicio de esta manera de adquirir eran por lo comun indeterminados y las modificaciones introducidas por el derecho nuevo al principio del segundo período no habian producido en este punto sino muy pocas variaciones: en fin, la facultad de ejercerle no dependia de la voluntad de ningun magistrado. En cuanto á la *posesion de bienes* constituia un modo nuevo de entrar en el goce de los bienes dejados aun por un individuo que no fuese romano (2). Este modo debió su origen, 1.° al uso que se introdujo en e tribunal del pretor y se trasladó despues al edicto. Estaba fundado sobre la posesion de hecho (3) y tenia una completa analogia con la toma de posesion de bienes que se concedia al acreedor en el caso de insolvencia de su deudor (4)

(1) Vide §. 252.

(2) Ulp. (23, 6) dice solo que para la validez de un testamento era necesario que el testador al morir se hallase en el goce de la cualidad de Romano: pero esto no prueba que la *bonorum posesion* dejase de tener lugar respecto de la fortuna de un individuo que no fuese romano.

(3) El interdicto llamado *quorum bonorum* es facil que fuese de época mas reciente. Conviene notar que no solo deben referirse á la posesion las cosas que segun Cic. estaban *in bonis* sino tambien segun Gajus las que formaban parte de la herencia, en cuya posesion podia entrar cualquiera y alquirirlas al cabo de un año por medio de la usucapion llamada *pro herede*, si el verdadero heredero no habia entrado aun en posesion de la herencia.

(4) Inst. 3, 9 (10). *Ne actiones creditorum diferentur et ne facile in possessionem bonorum defuncti miterentur et eo modo sibi consulerent, ideo petendæ ponorum posesioni certum tempus prefinivit.*

El tiempo y forma de ejercerla estaban con precision determinados. A pesar de los cambios que el derecho sufrió al fin de este período, y aun á pesar de los que experimentó durante una gran parte del siguiente continuó subsistente este modo de adquirir. En fin, el magistrado arreglaba su ejercicio del mismo modo que nombraba tutores (§. 178). No está completamente probado que existiese alguna diferencia entre este modo y el precedente en lo relativo al culto privado (*sacra*) (1). Tampoco se conformaba con estos dos modos la distincion establecida entre la propiedad *ex jure quiritium* y la *in bonis* de tal suerte que se pudiera decir, por ejemplo, que la *herencia* solo podia tener lugar en el primer caso y la *posesion de bienes* en el segundo, aunque sin embargo, la posesion de bienes no produjese sino el derecho de tener la cosa *in bonis*. Los jurisconsultos que guardan un órden riguroso en la exposicion de las máximas de derecho, es verdad que hablan ya de la posesion de bienes, cuando se ocupan de la herencia, pero no tratan especialmente de aquella sino despues de esta última, al paso que por el contrario, en el Edicto se observa el órden inverso y no se trata de la *legitima hæreditas*, sino despues de la *bonorum possessio*.

Lo que para nosotros aumenta todavia mas la importancia de la doctrina de la *bonorum possessio* es, que en la época en que se redactaron las compilaciones de jurisprudencia que llevan el nombre de Justiniano, se hacia de ella en la práctica diaria una aplicacion mucho mas frecuente que la que el mismo Justiniano permitia despues de la promulgacion de sus Novelas.

(1) *Biener*. Ad Heinec. Inst. §. 690 nota 1.ª *Sine sacris hereditas* era ya una expresion proberyial del tiempo de Plauto.

§. 279. HÆREDITAS *en virtud de un testamento. Persona del testador y forma exterior del testamento.*

Es natural pensar que la ley se ocupaba inmediatamente en fijar la antigua distincion que estaba establecida entre la herencia testamentaria y la que no tenia lugar en virtud de un testamento (*ab intestato*). Para la validez de un testamento era necesario, en cuanto á la persona del testador, que si este era una muger romana, le hiciera con la autorizacion de su tutor (*tutoris auctoritas*) (1). Bajo este aspecto era infinitamente mejor para la muger tener un tutor estraño, que no al mas próximo de sus agnados, ó bien á su patrono, pues tanto uno como otro eran á la vez su tutor legítimo y su heredero *ab intestato*. En efecto, un estraño estaba obligado á dar su consentimiento, aun cuando su voluntad no le inclinase á ello; al paso que los otros dos no estaban obligados á consentir. Quizá en esta misma época se introdujo ya en favor de las mugeres, la facultad de testar desde la edad de 12 años, aunque este derecho en nada contribuyó á librarlas de la tutela, sino solamente á transformar la tutela en que se hallaban como impúberes, en tutela de muger romana. Segun Heinecio, las mugeres que estaban *in manum mariti*, ó que habian sido capite disminuidas, ó eran hijas de familia, no podian testar (2). El derecho de ciudad no se exigia de ningun modo respecto de ella (3). Un sordo, un mudo, un demente, un disipador,

(1) Liv. 39, 9. Esta costumbre existia desde antes del año 556 de Roma.

(2) Ant. Rom. L. 2. t. 10.

(3) Es indudable que una muger latina podia testar, puesto que en lo sucesivo cierto latino Juniano insertó en la ley *Junia*

no podian testar. Un esclavo, de la clase de los llamados *servi publici populi romani* podia disponer por testamento de la mitad de sus bienes (1).

En cuanto á la forma exterior que era necesario tuviera el testamento para poder transferir solamente la *hæreditas*, pues otra diferente era la que exigia la *bonorum possessio*, consistia en el acto verificado *per æs et libram*, al cual acompañaba siempre la venta de la familia (*familiæ mancipatio*) y de la accesoria llamada (*nuncupatio testamenti*). Esta última se llamaba *testatio* en la acepcion propia de esta palabra. El testamento *in procinctu* estaba abolido. No debemos, pues, suponer que en esta época se tratase todavía de multiplicar ex profeso las dificultades del testamento con el único objeto de impedir á los plebeyos, ó al menos á los manumitidos, gozar del beneficio introducido por las doce tablas.

§. 280. *Contenido del testamento.*

La institucion de heredero debia escribirse testualmente en el testamento, pues no bastaba que solo se comprendiese en él de una manera implícita (2). No podia instituirse

Norbana un artículo especial que les prohibia esta facultad (Ulp. 20, 14) Un dediticio (*dedititius*) no podia testar porque propiamente hablando no gozaba de ningun estado en virtud del cual pudiese invocar las leyes para arreglar la forma de su testamento. *Quoniam nullius certæ civitatis cives est: ut adversus leges civitatis testetur.*

(1) Ulp. 20, 16.

(2) Ulp. 21. *Heres instituí recte potest his verbis: Titius meus heres esto, Titius heres sit. Titium heredem esse jubeo. Illa autem institutio, heredem instituo, heredem facio, plerisque improbata est.*

á una persona incierta (*incerta persona*, palabras cuya transposicion estaba admitida), ni á un municipio (*municipium*) ni á un templo (*Deus*). Tampoco podia instituirse á un individuo que aun no habia nacido, sino en el caso en que despues de nacido se hubiera encontrado bajo la patria potestad del testador, si hubiese sobrevivido este último (1). Poco importaba empero, que hubiese sido concebido ó no en la época del otorgamiento del testamento. Ignoramos hasta que punto la ley Voconia (Historia externa p. 120) declaraba inválido el testamento, en que el testador habia violado una de las disposiciones prescritas por esta ley, por ejemplo, la que le prohibia instituir á una muger. El testador, siendo del sexo masculino, debia tener consideracion á ciertas personas sometidas á su poder, ó á su *manus* para que su testamento no fuese radicalmente nulo desde su principio, ó viniese á serlo al cabo de algun tiempo. Su conducta en semejante caso variaba desde luego segun el sexo de estas personas, y tambien segun el grado de parentesco al menos jurídico: es decir, por ejemplo, que por esta circunstancia el hijo se distinguia, no solo de la hija, sino tambien del nieto del testador. Solo al hijo era preciso exheredar *nominatim*, cuando no se le instituia heredero (2). No se ha de creer por esto que era indispensable, como han dicho algunos autores, el nombrarle por su propio nombre: bastaba, si era uno solo, que se dijese *filius meus exhœredes esto*, ó que se le señalase con alguna palabra que indicase alguna de sus

(1) Ulp. 22. 19. *Eos qui in utero sunt si nati sui heredes nobis futuri sunt possumus instituere heredes, si quidem post mortem nostram nascuntur ex jure civili.*

(2) El caso de que habla Ciceron (*de orat.* 1. 38) podia presentarse tambien respecto de un hijo emancipado.

cualidades buena ó mala, como *filius meus latro, gladiator*, &c. (1). Respecto de las otras personas bastaba para exheredarlas emplear las expresiones generales siguientes: *cœteri exheredes sunto*; lo cual se expresaba tambien diciendo que podian ser desheredados *inter cœteros*; lo que sí era necesario, en el caso en que despues de la muerte del testador hubiese nacido una hija (*posthuma*) ó un nieto (*nepos posthumus*) era el que se indicase en los legados que el testador habia pensado en una ú otro: la hija ó el nieto, en el caso contrario, se contaban en el número de los herederos instituidos (*scriptis hœredibus adcrescunt*). Muchas veces la nulidad (*nullum*) ó la rotura (*ruptum*) de un testamento proporcionaba la *bonorum possessio* á otros diferentes de aquellos, á cuyo favor habia dispuesto el testador. No debemos creer, sin embargo, que el exámen de si el testamento es justo (*justum*), es decir, si es conforme á la ley, sea exactamente lo mismo que decidir si á pesar de haber observado en este acto todas las formalidades prescritas por el derecho civil pueden sin embargo anular los centunviros las disposiciones contenidas en él, apoyados en que el testador, cualquiera que fuese su sexo, no debiera segun su conciencia haber dispuesto del modo que lo hizo: esta apreciacion se determinaba segun las relaciones de parentesco que existian entre el testador y la persona en quien no habia pensado, comparadas con las que tenia con la persona que prefirió. El resultado de este exámen y de esta comparacion podia ser el admitir la idea de que el testador no habia reflexionado bastantemente la determinacion que tomó. Esta doctrina que se llamó del testamento inoficioso

(1) L. 1, 2 y 3. D. de lib. et posthum.

(*inoficiosum testamentum*) comenzó ya á introducirse durante el segundo período (1), pero no se determinaron con precision los principios que á ella se refieren, hasta un período mas posterior. Es muy de notar que Ulpiano no hable de ella una palabra; tampoco se la encuentra tratada en las Pandectas en el artículo del testamento, sino en el de la peticion de herencia (2).

§. 281. *Diferencia entre los herederos.*

Algunas veces instituia un señor á su esclavo, cuando las deudas que tenia escedian á su fortuna: esta institucion podia hacerse con un doble fin, ó para que los bienes del testador fuesen poseidos por su esclavo y no ocupados por sus acreedores, lo cual se tenia como ignominioso á su memoria, ó para asegurar la ejecucion de algunas otras de sus últimas disposiciones tales, por ejemplo, como las que decian relacion á la tutela, &c. El esclavo en este caso debia siempre y necesariamente hacerse heredero (*hæres necesarius*). No sucedia lo mismo con el que estaba sometido á la patria potestad del difunto (*suus hæres*) ó se encontraba bajo su *manus*; aquel gozaba ya en esta época el derecho de abstenerse de la sucesion (3). La facultad de opcion que gozaba cualquier otro heredero se hallaba determinada muchas veces de un modo muy preciso por la circunstancia de

(1) Ciceron (in Verr. 1, 42) se sirve ya de este término: esta doctrina parece ser mas antigua que el Derecho Pretoriano.

(2) Dig. 5. 2. *De inofficioso testamento.* De él se habla en las Institutas (2, 18) despues de la doctrina sobre la invalidacion del testamento: pero ni Gajus ni Ulpiano dicen nada en este lugar.

(3) Ulp. 22. 24. *Jure prætorio suis et necesariis heredibus abstinere se á parentis hereditate permittitur.*

que el difunto le hubiera dado el derecho de declarar verbalmente en un plazo determinado, si queria declararse heredero, *cernere*, *cretio*; poco mas ó menos como *certum* y como *decernere*. La fórmula destinada era: *quod* ó *cum id* ó mas probablemente *quando me...... hæredem instituit*, *eam hæreditaten adeo cernoque*. Este plazo se contaba, ora seguidamente, ó desde la apertura del testamento (*certorum dierum* ó *continua cretio*), ora solamente desde el momento en que el heredero se hallaba informado del legado que se le habia hecho: desde cuyo tiempo se hallaba en la posibilidad de llenar la formalidad exigida. Esta es la que Gajo llama *vulgaris cretio*, porque era en efecto el modo mas ordinario. En defecto de esta declaracion, el heredero, ó perdia su cualidad, ó veia que se le juntaba un heredero, y este último podia presentarse como tal, siempre que el testamento no excluyese formalmente al primer heredero en este caso, sino que digese simplemente que otro viniese á ocupar su lugar (*imperfecta cretio* (1). Observose durante algun tiempo esta formalidad de un modo tan rigoroso que el que administraba la sucesion en cualidad de heredero (*pro hærede*), sin haber hecho la *cretio*, perdia desde este momento mismo el derecho de hacerla aunque no hubiese cumplido el plazo (2). Sin embargo, es necesario reconocer que respecto de la *cretio* debió haber ademas de lo que hemos espuesto alguna doctrina particular, cuyo conocimiento no ha llegado hasta nosotros (3). ¿Por qué, pues

(1) Ulp. no conocia el término opuesto á este, es decir, la *perfecta cretio*.

(2) Gaj. p. 99. lín. 8.

(3) A no ser asi ¿por qué habian de haber puesto tanto cuidado los romanos en determinar en sus testamentos la época en que el heredero debia declararse toda vez que ni en lo sucesivo se con-

esta costumbre cayó completamente en desuso en el curso del cuarto período y aun antes de que la introduccion del beneficio de inventario la hiciese hasta cierto punto inútil? ¿Por qué exigia absolutamente la *cretio* que el heredero no fuese infante (*infans*), aun cuando quisiera hacerla por medio de su esclavo? ¿la *cretio*, en fin, se conformaba con la otra doctrina, segun la cual un esclavo no podia entrar en la sucesion aunque su señor se lo ordenase? A ninguna de estas cuestiones podemos dar solucion (1). Ignoramos igualmente que relacion podia tener la *cretio* con el derecho de deliberar (*jus deliberandi*) que la justicia concedia durante este período al heredero, cuando los acreedores venian á darse á conocer y á inmiscuirse en los negocios de la sucesion (2). Segun Gajus, el transcurso de mas de cien dias, que se concedia en este caso, podia acortarse por el pretor.

Ademas de la substitucion vulgar (*vulgaris substitutio*), que tambien tenia muchas veces alguna relacion con la *cretio*, se conocia y se empleaba ya en esta época la *substitucion pupilar* (*pupilaris substitutio*, palabras cuya inversion no se admite) mas nada determinaba todavia de un modo perfecto como llevaba consigo esta substitucion, como accesoria, hasta la fortuna del padre testador (3). En este

---

tinuó verificando ni entre nosotros, sin embargo de ser tan frecuentes ó mas los testamentos que entre los romanos se observa semejante regla? Es tambien muy dificil determinar si la expresion *libera cretio* que hallamos en Ciceron (ad Attic. 13. 46) es sinónima de *imperfecta cretio* ó de *vulgaris cretio*. Tambien hallamos en el mismo autor *cretio simplex*.

(1) Fr. 65. pr. D. 36, 1 y c. 3. C. 6. 24.

(2) D. 28. 8. *de jure deliberandi*. En el fr. 23, §. 1 y 2. D. 28, 5, se trata de un Edicto del pretor que fijaba el tiempo en que debia presentarse el heredero.

(3) No estaban acordes los jurisconsultos sobre si la sustitucion pupilar *pupillaris substitutio* podia tener lugar tambien cuan-

punto no debemos dejar pasar un error que Heinnecio (1) comete, queriendo deducir el origen de la substitucion pupilar de la significacion que en las doce tablas tenian las palabras *pecunia suæ rei*, diciendo que indican los bienes del hijo, pues que los hijos estaban reputados por cosas respecto de los padres, acerca de cuyos bienes se le concedia al padre de familias la ámplia facultad de disponer á su arbitrio. El origen de las substituciones entre los romanos se ha de buscar en sus costumbres, en sus ideas, en su organizacion social. Sabido es que el deseo de los patricios era el perpetuar su nombre, el que su familia continuase siempre unida formando un pequeño estado, que influyese poderosamente en los negocios públicos, pues no de otro modo pueden subsistir largo tiempo las repúblicas aristocráticas. Por eso los derechos políticos y religiosos de las familias se conservaban perpetuamente indivisibles. Por eso los herederos representaban exactamente la persona del testador con todos sus honores y su preponderancia política. Por eso, en fin, se dictaron tantas disposiciones como hemos dado á conocer que tendian al propio objeto. No podian, pues, los patricios desatender esta materia para ellos interesante de las substituciones que mas que otras, que convirtieron en su provecho, se prestaba á sus miras. Conocieron que sino nombraban substituto al heredero que elegian, era facil que con la muerte de éste desapareciese su nombre y se disolviese su familia y por eso estendieron su libertad hasta disponer para el caso en que tal circunstancia aconte-

---

do el testador no habia tenido hijos en cuyo caso la sustitucion seria vulgar (*vulgaris substitutio*) Cic. de orat. 1. 39, y 57. Brut. c. 52.--Inst. 2. 16. *De pupillari substitutione*.

(1) En sus Antig. Rom. L. 2.º t. 15.

ciese. Este es, á nuestro entender, el verdadero fundamento de las substituciones.

§. 282. *Anulacion de un testamento.*

Los casos en que un testamento válido en su origen, perdia despues toda su fuerza se colocan por Ulpiano bajo dos capítulos principales designados por las expresiones técnicas de *ruptum* y de *irritum*. Se rompia un testamento: ora por un testamento posterior en fecha; ora por cualquiera de las muchas maneras segun las que podia sobrevenir al testador un heredero suyo en el que no habia pensado. Estas maneras eran el nacimiento, la adopcion, la *in manum conventio*, y la manumision del hijo despues de su primera y segunda venta (§. 174 p. 55 nota 1.ª) Tambien rompia el testamento del abuelo el nieto que no siendo heredero suyo al tiempo de hacer el testamento por vivir su padre llegaba á serlo despues á falta de este. Se hacia írrito (*irritum*), bien por la capitis diminucion del testador, bien por no encontrarse heredero alguno que quisiera adir la herencia. Por lo demas, los jurisconsultos hacen ya notar que un testamento que se invalida de esta manera segun el derecho civil, puede sin embargo ser suficiente para producir la posesion de bienes, conforme al testamento (*secundum tabulas bonorum possesio*).

§. 283. *Especies de legados.*

Llámanse legados las disposiciones que se inscriben en os testamentos á continuacion de la dacion de la herencia (*hæreditas ex testamento*) porque sobre esta herencia es sobre la que estriban, y no vienen sino despues de ella. Los

legados son de muchas especies; asi es que se distinguen; 1.º los legados que procuran por sí mismos al legatorio la propiedad romana (*ex jure quiritium*), con tal que esta propiedad resida en manos del testador en la época en que se escribe el testamento y no únicamente en la de su muerte; tal es al menos el principio establecido por la *catoniana regula*. No se esceptuaban sino los objetos determinados solamente por su peso, número ó medida; pues respecto de ellos bastaba que el testador tuviera la propiedad romana tan solo en el momento de su muerte. Esta clase de legados se llamaban *per vindicationem* ó *vindicationis legatum* y á ella se refiere la expresion general *do, lego*; 2.º los legados que no aseguran al legatorio sino el cumplimiento de una obligacion, pero esto tan eficazmente, como si hubiera intervenido un juicio sobre dicho asunto: esta clase se llamaba *per damnationem*; 3.º aquellos en virtud de los cuales los herederos deben dejar tomar alguna cosa al legatario; esta clase se denomina *sinendi modo*; 4.º en fin, los legados que dan á uno de los herederos el derecho de tomar cualquier cosa antes de comenzar la particion: desígnase á esta clase con el nombre de *per præceptionem*. En cuanto á las cosas que podian legarse de estos diferentes modos, es constante que del primer modo, es decir, *per vindicationem* solo se podian legar las cosas que estaban en el dominio del testador: *per damnationem* las cosas propias y las agenas: por *sinendi modo* se podian dejar las cosas del testador y aun las del heredero. Finalmente *per præceptionem* cualquier cosa de la herencia. La notoria diferencia que existe entre las dos primeras especies de legados determinaba igualmente la de los derechos que debia ejercer cada heredero cuando un mismo objeto se habia legado á muchas personas simultáneamente y

de aqui resultaba que en este caso ó todos los legatarios, ó uno solo de entre ellos recibian realmente el valor del legado. Tambien ocurria que el testador, instituyendo muchos legatarios, los designaba de modo que fuesen inmediatamente llamados á continuacion unos de otros, sin que terminantemente se hubiese dicho que la cosa debia pertenecer á uno de ellos solamente: de este modo se daba á entender por medio de las palabras *si duobus eadem res conjunctim legata est*, ó bien por la frase que se halla en las Pandectas, el caso en que los legatarios estan *re et verbis conjuncti*. En este caso era constante que la cosa no se habia legado muchas veces, aunque muchos legatarios hubiesen adquirido derechos iguales respecto de ella, y por lo mismo era necesario que la dividiesen entre sí. Pero si uno de ellos faltaba, se distinguia segun la diferente especie de legados, respecto de lo que sucedia con su parte. En el legado *per vindicationem* la porcion del que faltaba volvia á los otros legatarios; en el de *per damnationem* volvia al heredero, de suerte que en esta última hipótesis el heredero no estaba obligado á pagar todo el legado entero. No sucedia lo mismo cuando el objeto se habia legado por entero á cada legatario sin que el testador, al hablar del uno, hubiese hecho mencion del otro. Esto era lo que se llamaba legar *disjunctim*, ó segun otra expresion, estar los legatarios solamente *re conjuncti*. Cuando el legado era *per damnationem*, cada uno de los legatarios recibia el objeto legado todo entero, aun cuando uno de ellos hubiese recibido ya uno semejante: *singulis in solidum debetur* decian los jurisconsultos romanos; lo que no obstante no debe tomarse como idénticamente semejante al caso en que habia solidaridad (*plures rei*). No sabemos precisamente si en el mismo caso semejante decision era aplicable respecto del legado *per vindicationem*, porque en este pasage del manuscrito de Ulpiano falta una línea al fin de las páginas, y por otra parte este jurisconsulto, al tratar separadamente de las diversas especies de legados, no habla del caso en que los legatarios son llamados solamente *verbis conjuncti*, es decir, de aquellos en que á cada uno le tocaba una porcion de la cosa que les habia sido legada en comun. La diferencia del legado se tomaba igualmente por base cuando se trataba de decidir entre el heredero y el legatario á quien pertenecia la eleccion de la especie legada (*species*), cuando esta opcion no se habia determinado por el testador mismo (*optio legata*). No es facil concebir que particular importancia podia tener la eleccion de un esclavo entre muchos.

§. 284, *Otros puntos de la doctrina de los legados.*

Segun la *catoniana regula*, de que hemos hablado ya, y la cual ni aun cita Ulpiano, era necesario que desde el principio se llenasen todas las formalidades exigidas para asegurar la validez de un legado puesto que cualquiera modificacion ó mejora posterior encaminada á enmendar las faltas cometidas no podia de manera alguna hacer que desaparecieran los vicios originales del legado.

Solo el heredero puede ser gravado con legados: y esto tiene lugar solo cuando el testador asi lo indica expresamente, siendo posible que no esté obligado dicho heredero á cumplirlo hasta el tiempo de su muerte. No estaba permitido imponer semejante obligacion á sucesores mas lejanos que á los inmediatos, es decir, que no es posible gravar con legados al heredero de su heredero. Es muy dudoso que la doctrina del legado á título de pena (*penæ causa legare*) subsistiese todavia en esta época. No pueden dejarse

legados á una persona indeterminada: pero una falsa designacion ó una falsa causa no dañan á la validez del legado. Tampoco se puede imponer á un legatario la obligacion de que pague un legado. Un legado puede comprender tambien la dacion de una porcion alicuota de la sucesion, lo que se llama *partitio*, y entonces es preciso tener cuidado por medio de las estipulaciones particulares hechas entre el legatario y el heredero (*per partes et pro parte stipulationes*) que este último no pueda recojer ó no esté obligado á pagar mas de lo que reciba, porque en efecto no se presume que los deudores y los acreedores de la sucesion conozcan á este legatario parciario (*legatarium parciarium*) y tengan alguna relacion con él. A la muerte del legatario, el legado hecho en su favor pasa á sus herederos. La ley *Furia* y la *Voconia* no fijaban sino la cantidad del legado, y es presumible que apenas se observasen. Aquel que llegaba á hacer romper un testamento si queria adquirir y conservar la herencia estaba obligado á satisfacer los legados hechos en el testamento. Vense ya muchos fideicomisos, segun los cuales uno está obligado á restituir (*restituere*) una cosa, pero no á volverla, porque *restituere* no significa devolver, asi como la palabra *redere* en la expresion *litteras redere* no significaba devolver, restituir, sino llevar las cartas á alguno. Los codicilos tampoco eran raros en esta época; sin embargo, ni los fideicomisos, ni los codicilos se consideraban todavia como actos legales, es decir, que engendrasen una accion en provecho de aquel á quien conciernen.

§. 285. *Legitima hæreditas.*

La herencia legítima (*legitima hæreditas*) no sufrió ningun cambio, á no ser que hagamos una distincion entre los

agnados, segun que son mas ó menos próximos parientes del difunto, es decir, en segundo grado (*consanguinei*) ó mas lejanos (*agnati* simplemente). Solo respecto de los primeros cesó ya de atenderse al sexo de los herederos; porque entre los segundos las mugeres se hallaban excluidas, al parecer, por una consecuencia de la ley *Voconia* (Hist. ext. p. 120) Es de creer que la gentilidad, ó al menos lo que se llamaba asi en este tiempo, era ya una cosa muy rara en esta época: porque el derecho de sucesion del patrono y de sus hijos sobre los mismos manumitidos, ya fuese plebeyo ó patricio el patrono habia caido enteramente en desuso. Ignoramos á que especie de patronato se puede asemejar el derecho llamado *applicatio*, del cual no tenemos, por lo demas, sino un ejemplo.

§. 286 *Sucesion pretoria.*

El derecho de sucesion, como todas las instituciones civiles, fue modificado completamente por el edicto del pretor, el cual prestándose á todas las variaciones que exigian los progresos de la civilizacion, y acomodándose á los cambios que sufrian las costumbrés y el gobierno, fue poniendo el derecho civil al nivel del político sin valerse, para lograrlo, de medidas violentas y revolucionarias.

El derecho de sucesion que establecian las doce tablas era duro, incompleto é injusto. El pretor, fundado en la equidad, llamó no á la herencia, sino á la posesion de los bienes de ella, á los que habian sido postergados sin justicia por el derecho civil.

La *bonorum possessio* no podia dar al que la adquiria el dominio quiritario en los bienes sino la simple posesion que le servia para poder usucapir la cosa y adquirir en ella el do-

minio; pero como el pretor garantia especialmente la *bonorum possessio*, y la protegia por medio del interdicto *quorum bonorum*, en el fondo no hubo ninguna diferencia entre ella y la herencia, las cuales solo se distinguian en el nombre. Tales fueron las causas y fundamentos que obligaron al pretor á establecer al lado de la sucesion civil otra que la supliese, la enmendase y corrigiese.

§. 287. *Bonorum possessio* (1).

La posesion de bienes (*bonorum possessio*) sigue tambien los principios de la division fundamental, establecida sobre la existencia ó la no existencia de un testamento. Sin embargo, podia suceder que en el caso en que habia lugar á la posesion de bienes, asi como en otros en que hay lugar á la herencia (*hæreditas*) (§. 280), existiesen tambien ciertas personas que gozasen del derecho *ab intestato*, las cuales eran preferidas al testamento. Resultan, pues, de aqui tres clases de *possessio bonorum*, cuyo órden respectivo no deja de ser arbitrario, á saber: 1.ª *Contra tabulas*, llamada tambien *contra lignum*, *contra nuncupationem*, *contra voluntatem*: 2.ª *Secundum tabulas*, ó tambien *juxtà* y *adversùs tabulas*, si el copiante del manuscrito que poseemos de Ulpiano se ha pasado una línea; 3.ª En fin, *Intestato* (2). Cada

(1) Gaji Instit. p. 130, 135, donde hay muchos trozos que no pueden leerse, Ulp. 28, De possessionibus dandis. 29. De bonis libertorum.--Inst. 3, 9. (10) De bonorum possessionibus.--Dig. 37 y 38.

(2) Heinecio trata en el §. 719 de sus Instituciones de la bonorum possessio *secundum tabulas* y en el §. 720 de la *contra tabulas*. Pero Hœpfner ha rectificado varios errores en que incurrió en esta materia.

una de estas especies comprende en si otras muchas, á saber: 1.º Las que existian ya en el antiguo derecho, respecto de las cuales se establecia el principio de que la *bonorum possessio* no estaba introducida sino *confirmandi juris civilis gratiâ*, y por consiguiente tambien en ellas acudia el pretor al *socorro* del derecho civil (*adjuvat*) (1), segun la espresion empleada por Papiniano (2); 2.º Aquellas, de las cuales no hablaba el antiguo derecho; respecto de estas últimas se juzgó que la *bonorum possessio* se introdujo *emendandi ó impurgandi juris civilis gratiâ.* Es probable que la posesion de bienes no se concediese desde luego en semejante caso, sino despues de formada y discutida la demanda (*causa cognita*), y que con el tiempo concluyese por establecerse de una manera formal en el edicto, de tal suerte que este era el caso en que el pretor suplia y corregia el derecho civil (*supplet et corrigit*).

§. 288. *Observacion respecto del método que debe seguirse al exponer esta materia.*

La necesidad de tener consideracion al patrono, respecto de la sucesion de un manumitido, hace la doctrina de la *bonorum possessio* mucho mas complicada que lo seria sin esta circunstancia, tanto mas, cuanto que el edicto y por consiguiente las Pandectas, tratan con esta misma ocasion de

(1) Heinecio en sus antigüedades define la *bonorum possessio*, una *hereditas personis quibusdam jure civili inhabilibus edicto arbitrioque Pretoris delata.* Mr. de Lœhr por el contrario hace derivar toda bonorum possessio del principio de que todo heredero debia tener la posesion. (Magazin fuer. Rechtswissenschaft. t. 3).

(2) Fr. 7, §. 1. D. 1. 1.

los trabajos que deben prestar los manumitidos (*opera libertorum*). Sin embargo, se la puede simplificar mucho, adoptando la marcha seguida por Ulpiano y hasta cierto punto tambien por las Instituciones, es decir, tratando desde luego de la *bonorum possessio*, en general, y despues de los bienes de los manumitidos (*bona libertorum*). Sin embargo, esta division no es de una necesidad absoluta.

§. 289. A. BONORUM POSSESSIO SIN PATRONATO.

1.° *Contra tabulas.*

La *bonorum possessio* cuando no se quiere tener consideracion al patrono, se concede (*contra tabulas*), es decir, se da y puede pedirse en provecho de todos los hijos preteridos ó pasados en silencio (*præteritis liberis*); en esta clase se encuentran todos los que estan sometidos al poder paterno, ó colocados *in manus*, cuando no son instituidos ni desheredados (1) de una manera legal, y principalmente cuando no lo han sido en el grado en que se hallan (*ab eo gradu*) (2). En esta categoría hallamos tambien á los hijos ó los nietos, consanguíneos, cuando habiendo estado sometidos á la au-

(1) Los jurisconsultos que no tienen estensos conocimientos sobre la *bonorum possessio* fijan especialmente su atencion en la que se concede á los individuos desheredados de que se habla en el fr. 6, §. 2, asi como en los fr. 7 y 8 pr. D. §. 2, en cuyo último lugar se llama *litis ordinandæ gratia*. Sin embargo, no es esta una especie particular de *bonorum possessio*; no puede ser mas que una *ab intestato bonorum possessio*, de la cual ni una sola palabra se habla en los fragmentos de Ulpiano, ni en el título de las Institutas.

(2) Fr. 8. D. 37, 4.

toridad paterna y héchose por consiguiente herederos suyos, han sido emancipados. Hállanse igualmente en ella la muger y la cuñada casadas con *in manum conventio* y que se hallan todavia en ella (excepto un solo caso). En cuanto á los hijos instituidos, ó por mejor decir, en cuanto á las personas libres instituidas herederos, y que se hallan á la muerte del testador aun bajo su patria potestad, ó bajo su *manus*, asi como las que no han salido de ella sino por medio de una simple emancipacion, no pueden obtener en su nombre esta *bonorum possessio*; ni pueden llegar á ella sino en representacion de otro (*commissio per alium edicto*). Pero entonces el hijo que en virtud de una adopcion pertenece ademas á otra familia (*in adoptiva familia est*) la obtiene tambien cuando su padre natural le instituyó heredero: y es probable que sucediese lo mismo respecto de la hija que se hallase tambien en una familia estraña en virtud de una *in manum conventio*, aunque por motivos fáciles de conocer no se haya hecho mencion de esta circunstancia en el *Corpus juris*. La *bonorum possessio* es tambien mas ventajosa á los instituidos, que el testamento; porque no estan obligados á pagar mas que los legados hechos á varias personas (*exceptæ personæ* sin duda, no *conjunctæ*). Entre estas personas exceptuadas se hallan la muger y la cuñada, pero ignoramos si gozaban de esta exencion igualmente cuando no estaban *in manus*. Sin embargo, si el testamento era nulo, todos los legados se tenian como no hechos. En la especie de *bonorum possessio* de que hablamos, el hijo emancipado que la obtiene, está obligado á dar parte de los bienes que recoje á sus hermanos que se hallen todavia sometidos al poder paterno, pero no á los que como él, hayan sido emancipados; es decir, que está obligado á renunciar en favor de los primeros todos los beneficios que

resulten de su emancipacion (1). Inútil es añadir aquí que la posesion de bienes no puede naturalmente verificarse, sino cuando el difunto es de sexo masculino.

§. 290. 2.° *Secundum tabulas* (2).

Adquiere la *bonorum possessio secundum tabulas* el que es instituido en un testamento que le faltan algunas formalidades externas ó internas para que se repute por completamente regular. Sin embargo, en este caso es preciso que el testamento haya sido hecho por una persona capaz de testar válidamente (3), que el original escrito por él exista todavia, y en fin, que lleve los sellos de todos los testigos que la ley exige (4) cuyo número fue en lo sucesivo el de siete. Aun cuando un testamento de esta clase se anulase

(1) La *collatio dotis* que tiene lugar aun sin haber *bonorum possessio* es una cosa diferente en un todo de esta aun cuando en el edicto se hable de ambas á un tiempo mismo.

(2) D. 37, 11. *De bonorum possessionibus secundum tabulas.*

(3) Aqui debemos referir el pasage de Ciceron (Top. 4), *Si ca mulier testamentum facit quæ se capite nunquam diminuit non videtur ex edicto prætoris secundum eas tabulas possessio dari* y esto mismo sucedia cuando se trataba de un *servus*, de un *exul*, ó de un *puerulus*. Ernesto ha dado una mala esplicacion á este pasage. Segun Gajus debia indicar que la muger romana que se sometia voluntariamente á sufrir una capitis diminucion (*quæ se capite diminuit*) no tenia siempre necesidad de tutor.

(4) *Non minus multis signis quam è lege oporteat.* Es probable que el edicto no anunciase este principio de un modo tan general, es decir, que no designase el número preciso de sellos sino para que dicho principio pudiese aplicarse á todas las costumbres locales usadas en ciertas villas (*leges municipales*, *leges ejus civitatis*). Por lo demas no es facil determinar cual es el origen del núm. *siete* que hallamos despues en la hereditas porque evidentemente el librepens y los cinco testigos solo formaban seis personas y el *familiæ emptor* no podia contarse como un séptimo testigo asi como tampoco el testador ni con mayor razon el *antestatus* cuya presencia de modo alguno era necesaria.

por la omision de un heredero suyo, ó se rompiese (*ruptum*) por la de un póstumo, su anulacion no impedia que tuviese lugar la especie de *bonorum possessio* de que hablamos, y recíprocamente ésta tampoco impedia que si el testador tenia un hijo que le sobreviviese, dejase de adquirir una *bonorum possessio* preferible á esta que correspondia al instituido y que por su cualidad de heredero entrase en el goce de la herencia sin tener necesidad de aceptar esta posesion. Ademas, estaba permitido conceder esta sucesion pretoriana al niño póstumo, que no perteneciendo al testador habia sido por él instituido (*extraneus posthumus*). Igualmente por su medio conseguia la herencia un individuo instituido heredero, bajo condicion de entrar en el goce de ella antes que la condicion se cumpliese. Se cree que esta *bonorum possessio* no tenia lugar con respecto á la exclusion de toda sucesion testamentaria que la ley *Voconia* estableció contra las mugeres. Cuando existian dos testamentos, cuyas fechas se ignoraban de tal modo que no se podia determinar cual era el mas antiguo, se concedia igual valor á ambos por medio de esta posesion y se les consideraba como uno solo.

Pero el uso, como nos ha demostrado el manuscrito de Gajus de un modo indudable, introdujo en esta *bonorum possessio* una restriccion que permaneció todavia durante la mayor parte del período siguiente y cuyo objeto era privar de ella á toda persona en contra de un heredero legítimo (*legitimus hæres*). Esta restriccion debia ser la de declarar á uno la *bonorum possessio* pero *sine re*, es decir, de-

jando al heredero legítimo que retuviese los bienes en que consistia la herencia. De esta suerte respetaba el pretor el derecho civil, y las garantías que este concedia al heredero legítimo. En fin, es de creer que un testamento sostenido por esta *bonorum possessio* no era por esta sola razon tenido como válido en lo tocante á las disposiciones relativas á las manumisiones, á las adopciones y á las tutelas.

§. 291. 3.° *Intestati bonorum possessio* (1).

Cuando un individuo *ingenuo* moria, la ley llamaba á su sucesion á cuatro clases diferentes de personas, una despues de otra. Todas estas personas se designaban con la proposicion *unde* colocada delante de su nombre genérico, la cual era una abreviatura de esta frase *ea pars edicti unde.. vocantur* &c. Estas clases son:

1.° *Unde liberi*, es decir, precisamente aquellos que se hubieran presentado *contra tabulas*, si el difunto hubiese hecho testamento en que los hubiese preferido. Para que esto se verificase era preciso que el difunto perteneciese al sexo masculino, en cuyo caso habia lugar á la colacion (*collatio*). Segun Heinecio se comprendian en esta clase no solo los hijos suyos, es decir, que estaban bajo la *patria* potestad, sino los emancipados y los adoptivos.

2.° *Unde legitimi* (*tum quem ei hæredem esse oporteret, si intestatus mortus esset*). Esta *bonorum possessio* no es, pues, sino una confirmacion ó una consecuencia derivada

(1) Inst. 3, 5. *De successione cognatorum.*-Dig. 38, 6. *Si tabulæ testamenti nullæ extabunt.* 7. *Unde liberi* 7. (8) *Unde legitimi.* 8. (9) Unde *cognati* 10. (11) *De gradibus et affinibus, et nominibus eorum* 11. (12) *Unde vir et uxor.*

del derecho civil, y prueba claramente que la posesion de bienes difiere mucho de la herencia. El edicto llama á ella á todos los que serian llamados á la herencia en cualidad de suyos, consanguíneos, agnados y gentiles. Solo habia diversidad de opiniones acerca de si era necesario tambien aplicar á este caso la máxima: *in legitimis hæreditatibus non est successio* (1).

3.° *Unde cognati*; por estos podemos entender los consanguíneos emancipados: pero si los *sui* y los agnados no son consanguíneos, son al menos cognados, á consecuencia v. gr. de una adopcion; sin embargo no conservan esta cualidad sino en tanto que no son emancipados (2). El nacido fuera de matrimonio concurre tambien lo mismo que el procreado en matrimonio á establecer el parentesco, ya con la madre, ya por la madre. En general, no se hacia distincion entre el parentesco simple y el parentesco doble, es decir, entre los hijos de un mismo lecho y los de dos lechos diferentes. Asi, la clase de que ahora hablamos comprendia: 1.° al padre; 2.° á la madre, aun cuando no hubiese estado *in manu*, y por consiguiente no hubiese sido considerada como consanguínea de su hijo; 3.° á los hijos emancipados del sexo femenino; 4.° á los hijos de uno y otro sexo respecto de la sucesion de la madre; 5.° á la muger *in manu*; 6.° á los agnados ya se hallasen en el primero ó segundo grado, &c., cuando estos últimos eran tambien parientes consanguíneos; 7.° á los agnados; 8.° á los parientes por afinidad, los cuales sucedian unos despues de otros, es decir, en su órden regular de sucesion, á saber: primero los ascendientes (*superior línea* ú *ordo*), despues,

(1) Caj. p. 151, lín. 18.
(2) Fr. 1, §. 4. D. 38, 8 (9).

los descendientes (*inferior línea*) y últimamente los parientes colaterales (*transversa linea* ó *ex transverso* ó *á latere*). Respecto de estos últimos no habia otra regla sino la proximidad de grado, de la cual hacen mencion con este motivo los antiguos jurisconsultos romanos, porque en este punto de sucesiones aquella diferencia ejercia una influencia mucho mas importante que en el matrimonio. Otra modificacion interesante introdujo el pretor en esta materia, porque segun las disposiciones del edicto no era ya el mas próximo de entre los parientes de esta clase, á quien se daba la *bonorum possessio*, sino que se conferia al mas próximo de los que se presentaban. Antiguamente, si el pariente mas próximo no se presentaba, los siguientes no podian tomar la herencia á no ser que aquel por medio de la *in jure cessio* hubiese cedido voluntariamente su derecho á otro de grado mas remoto, el cual en este caso ocupaba el lugar del cedente. Sin embargo, esta *bonorum possessio* estaba limitada al sexto, y en un solo caso al séptimo grado (1) probablemente en virtud de una antigua ley, que quizá sea la *ley Furia*.

4.° *Unde vir et uxor*, aun cuando no hubiese habido *in manum conventio*: esta *bonorum possessio* no era realmente contra tabulas (1), Y en efecto, antiguamente no tenian los cónyuges necesidad del beneficio del pretor, haciéndose como se hacian las nupcias por confarreacion, por coempcion, ó por uso, por cuanto entonces el marido tomaba todos los bienes de la muger con el nombre de dote, y la muger era respecto del marido heredera suya. Por lo mismo no era entonces necesario este remedio. Pero despues se hizo indispensable y fue grande su uso desde que empezaron á ser mas raros aquellos ritos de las nupcias. Por lo demas en virtud de este edicto el marido sucedia á la muger intestada, y la muger al marido intestado, sino habia nadie que por los grados anteriores fuese llamado á la posesion de los bienes.

(1) *Ex sobrino sobrinaque natus natave*: tenia esto por consiguiente lugar cuando el difunto distaba tres grados y el *bonorum possessor* cuatro del padre, tronco comun de la familia; pero no cuando el difunto distaba cuatro y el otro dos grados ó el uno dos y el otro cinco, asi como tampoco si solo un grado separaba al uno y al otro seis. Esta explicacion no se encuentra ni en la tabla genealógica antigua, que forma parte de las Institutas, ni en la edicion de Cujas, ni en los diccionarios latinos comunes. Por lo demas ignoramos como nació esta restriccion. Ulpiano solo trata de ella cuando habla de los *cognati manumissoris*.

§. 292. Bonorum possessio *con patronato*. (2)

Entre los romanos era muy frecuente que los libertinos fuesen ricos; y por esto era muy importante fijar quien les sucederia en sus bienes.

Asi como á los ingenuos sucedian, como hemos dicho, en primer lugar los herederos suyos y en segundo los agnados, del mismo modo eran llamados á la sucesion de los libertos, en primer lugar los herederos suyos, y en segundo los patronos ó los hijos de estos, pues los romanos consideraban á los patronos como agnados. Vemos, pues, que al liberto no podia suceder el patrono sino á falta de here-

(1) Civilistisches Magazin, t. 1, p, 260. (92).

(2) Gaji Inst. p. 135.-Ulp. 29. *De bonis libertorum.*-Inst. 3. 7. (3) *De successione libertorum.-Dig.* 37, 12. *Si à parente quis manumissus sit* 14. *De jure patronatus.* 15. *De obsequiis parentibus et patronis præstandis.* 38; 1. *De operis libertorum.* 38; 2. *De bonis libertorum.*

deros suyos. Faltando estos podia el liberto preterir al patrono en el testamento, pero si moria intestado eran llamados á la sucesion los patronos ó sus hijos, dividiendo la herencia por cabezas, y excluyendo los mas próximos á los mas remotos. Asi, si habia un patrono y un hijo de otro patrono, la herencia se daba solo al primero.

Este derecho sufrió despues algunas modificaciones. El pretor, juzgando injusta aquella amplia facultad que tenia el liberto para poder preterir al patrono, la restrinjió por medio de su edicto, por el que mandó que si el liberto moria dejando hecho testamento y no teniendo hijos suyos y naturales, tenia obligacion de dejar al patrono ó á sus hijos la mitad de sus bienes. Si nada le dejaba, ó la parte que le designaba era menor de la mitad se daba al patrono contra el testamento la posesion de la mitad de los bienes. Este beneficio concedido por el pretor al patrono no perjudicaba á los derechos preferentes del hijo propio del liberto, pero sí á los del adoptivo y de la muger que estaba *in manu* del mismo, asi como tambien al que era instituido en el testamento contra esta disposicion del edicto. Ninguno de estos tres casos tenia lugar respecto del patrono cuando se trataba de una manumitida, porque respecto de estas el patrono sucedia sin necesidad de acudir para ello al pretor. En efecto, las libertas no tenian ningunos herederos suyos que excluyesen á los patronos; y como estos eran los tutores legítimos de ellas, se seguia que no podian testar ni casarse sin su autoridad. Asi era que muriendo ellas intestadas la herencia siempre pertenecia á los patronos, sin que jamas acaeciese que estos quedasen excluidos de los bienes de las libertas. Si el manumitido habia sido libre al tiempo de nacer (*liberum caput*), v. g. cuando un padre vendia por tres veces á su hijo sin interponer el pacto de *fiducia*, en

cuyo caso, como hemos dicho (§. 174) manumitiéndole este estraño adquiria el derecho de patronato, el pretor preferia á este manumisor estraño todos los parientes del manumitido en el primero y segundo grado, es decir, cerca de una decena de personas (*unde decem personæ*), aunque de ellas pudiese haber un número mucho mayor, las cuales sucedian antes que el patrono llamado en este caso (*extraneus manumissor*) pudiese ejercer los derechos que la ley le confería (1). Esta era sin duda una grande restriccion impuesta al derecho de patronato; pero esta restriccion se aplicaba á un caso en que, sobre todo, en el tiempo de que hablamos no se ejercia ya este derecho en todo su rigor.

Despues de los cognados del manumitido difunto venian los agnados de su patrono (*tum quem ex familia* y no *tum qua ex familia*, ni *tanquam*), despues el patrono del patrono (2), en fin, la *unde vir et uxor bonorum possessio*, es decir, en último lugar los cognados del patrono hasta un cierto grado: al hablar de esta bonorum possessio cita Ulpiano la ley Furia. Estas diversas especies de *bonorum possessio* no tenian lugar sino en defecto de una *bonorum possessio* de parte de un heredero civil. Por consiguiente sobre este punto es sobre el que se equivocan menos los modernos, cuando hablan de esta doctrina.

---

(1) Vide una memoria del profesor Erb: en el Civilistisches Magazin, (tomo 5), sobre las causas del silencio guardado por Ulpiano sobre este punto.

(2) Suponemos aqui que el patrono mismo era un manumitido lo que aclara no poco el texto de Ulp. (27. 7). y el de las Institutas. (§. 3). (1) 1, 3, 9, (90) y está mas en armonía con la interpretacion de Teófilo.

§. 293. *Casos particulares* (1).

La posesion de bienes contraria á la ordinaria (2) *ordinaria bonorum possessio*) que se encuentra citada en diferentes lugares es la *Carbonaria bonorum possessio*, á la cual tiene derecho un impubero cuando se le contradicen á la vez su estado (*status*) y su derecho hereditario (3).

Sin embargo, la diferencia admitida entre las ordinarias *bonorum possessiones* y el *extraordinarium auxilium* se halla en otro lugar establecida de modo que por *extraordinarium auxilium* se entiende el caso referido en un pasage del edicto, que establece, que un plebiscito ó un senado-consulto podia ordenar en favor de un ciudadano la *bonorum possessio*. En este caso tampoco era necesaria ninguna condicion para que aquella tuviese lugar en favor de esta persona, y no habia necesidad de examinar si esta *bonorum possessio* suponia ó no la existencia de un testamento (*quibus ex legibus ó quibus ut detur nihil scto. comprehensum est*). Es necesario indispensablemente admitir que esta *bonorum possessio* de que Ulpiano no hace mencion estaba reconocida por las leyes positivas, y que esta doctrina del derecho pretoriano estaba, por decirlo asi, anticuada en el derecho civil. (4) El *crimen internecini* de que habla Isidoro, puede considerarse como un ejemplo.

(1) *Dig.* 37, 10. *De Carboniano Edicto* 38. 14. (15) *Ut ex legibus S. va. C. bon. possessio detur.*

(2) Fr. 5. §. 3. D. 37. 5 y fr. 3. §. 15 y 16. D. 37, 10.

(3) No parece cierto que este edicto y otros que llevan el nombre del pretor que primero los dió pertenezcan á este segundo periodo.

(4) Fr. 1 pr. D. 38, 14. *Uti me quaque lege, senatus-consulto bonorum possessionem dare oportevit, ita dabo.*

§. 294. *Como sucede una bonorum possessio á otra.*

Aquel á quien correspondia la *bonorum possessio* debia presentarse al magistrado *populi romani*, es decir, al pretor ó al gobernador de la provincia en un plazo determinado, que era el de un año para los *parentes* y los *liberi*, es decir, para todos los parientes en línea directa y el de cien dias para todas las otras personas que pueden ser llamadas. Este plazo en los dos casos debia contarse sin interrupcion desde el principio hasta el fin (*utiliter*). Pero no era necesario, como creen algunos jurisconsultos modernos que declarase ante el juez (*declaratio judicialis*) estar pronto á aceptar la sucesion con todas sus cargas. La declaracion de que acabamos de hablar se llamaba *bonorum possessionem agnoscere, petere, admittere, accipere* Transcurrido el plazo que se concedia á una de las personas llamadas sin haber esta comparecido, y sin haberse tampoco presentado ninguna de las llamadas en concurrencia con aquella, tenia lugar la posesion de bienes que venia inmediatamente despues de esta segun su naturaleza (1) la cual se determinaba por los diferentes grados que existian entre las posesiones de bienes (*gradus bonorum possessionis*): en fin, en cada una de estas posesiones se tenia consideracion al lugar (*gradus*) que ocupaba en ella el llamado, pero no únicamente al que le daba derecho á la herencia legítima; quizá esto se verificaba entonces segun el grado de parentesco. Los menores no eran los únicos que podian ser llamados muchas veces: de todos modos merece notarse esto res-

(1) Asi á falta de la *bonorum possessio* testamentaria se acudia á la *ab intestato*. El fr. 2. D. 38. 6. no prueba lo contrario.

pecto de ellos, porque mirado con relacion á los menores ha servido de base á los jurisconsultos modernos para establecer la prescripcion de 90 años.

§. 295. *Bonorum possessio cum re et sine re.*

Como *hæreditas* y *bonorum possessio* concurrian ambas á la vez respecto del mismo difunto, de la misma fortuna y de la misma sucesion, ora testamentaria, ora *ab intestato*, no podemos menos de preguntar cual era entonces el que realmente recibia los bienes (*rem*), expresion que ocurre tambien frecuentemente en el comercio ordinario de la vida. ¿Era el que habia adquirido la *hæreditas*, ó el que habia hecho uso de la *bonorum possessio* que se le ofrecia? A la solucion de este problema, en el que casi ninguno de los modernos jurisconsultos se han dignado fijar su atencion, es á la que se refiere una expresion técnica empleada largo tiempo há por Ulpiano, y tambien por Gayo con particular propósito: hablamos de la *bonorum possessio cum re et sine re* (palabras cuya inversion no está admitida). Sin duda esta expresion inadvertidamente no se ha empleado en la Instituta de Justiniano, aun cuando se hallaba en varios pasages del Código, y debe tener analogia con la *hæreditas cum re et sine re* que solamente se lee en S. Ambrosio. En cuanto al resultado mismo de esta *bonorum possessio* está expresado en la Instituta por esta frase remota *quoque bonorum possessione ad eos pertinet hæreditas*; pero seria muy fácil dar á estas palabras una interpretacion del todo diferente á la que deben tener segun el pensamiento de su autor: ademas de que este otro sentido, que Theófilo no admite, tiene efectivamente algo de plausible: otra expresion se encuentra mas frecuentemente en nuestras fuentes y es: *pretor eum tuetur ó eum non tuetur*. En efecto, no siempre podia el heredero preceder al *bonorum possessor*, ni este preceder al heredero. Sin embargo, era importante decidir si el *bonorum possessor* debia ser llamado á la *bonorum possessio* antes que el heredero, ó al mismo tiempo que este, ó finalmente despues de él. En los dos primeros de estos tres casos un individuo que no era heredero recibia real y efectivamente la fortuna del difunto; y entonces la *bonorum possessio* que este tenia se llamaba *cum re* (*eum prætor tuetur*). En el tercero, la fortuna ó los bienes se devolvian al heredero que no se habia ofrecido para la *bonorum possessio*: en este caso, la *bonorum possessio* que adquiria el otro era *sine re* (*eum prætor non tuetur.*) Fácil era que la *bonorum possessio* recayese en una persona que tuviese delante de sí otras veinte llamadas todas á la posesion, y cada una de las cuales por consiguiente tuviese la facultad de excluirla de ella, puesto que esta no tendria derecho sino en tanto que aquellas no hiciesen uso del suyo. Júzgase, pues, que á él han renunciado cuando prefieren entrar en los derechos del difunto por el medio de la *hæreditas*. Pero como en virtud de las disposiciones del derecho civil, solo una persona de todas estas podia ser heredero, la cuestion de saber á quien debia devolverse realmente la herencia en el caso de concurrencia de que acabamos de hablar, se resuelve sencillamente diciendo que el heredero se hacia adjudicar realmente todos los bienes en virtud del mismo derecho, segun el cual le correspondia la *bonorum possessio*, al paso que el *bonorum possessor* se halla excluido de esta posesion por el mismo heredero (1). Sin embargo, la nueva doctrina sacada de Gajus

(1) Vide el fr. 10. D. 37, 6. donde se dice... *Filius in potestate... hereditatem retinet jure eo quod bonorum possessionem pe-*

de que hemos hablado §. 290 y siguiente, y segun la cual todo heredero legítimo debe ser preferido para la *bonorum possessio* al heredero instituido, quien no puede invocar en su favor sino la *bonorum possessio*, esta doctrina, decimos, forma aqui una excepcion, puesto que nosotros no conocemos ningun caso en que un heredero legítimo haya sido llamado á una posesion de bienes contraria al testamento (*contra tabulas bonorum possessio*), cuando este mismo testamento no podia producir mas efecto que la *bonorum possessio*.

§. 296. *Missio in possessionem bonorum.*

Imitando aqui á Gajo, á Ulpiano y al texto de la Instituta no hablaremos de la toma de posesion en virtud de un juicio (*decretum quo quis mittitur in possessionem bonorum*, ó *in bonorum, possessionem mittitur*), aunque sea precisamente en este lugar en donde hace mencion de ella el edicto. En efecto, toda toma de posesion (*missio in possessionem*), sea que comprenda la fortuna entera de una persona que ha muerto ó que vive todavia, sea que no comprenda mas que una cosa determinada, pertenece al procedimiento civil, y por lo mismo no podemos en este momento ocuparnos de ella (1).

---

tere posset: Asi es que en Zuichem, por ejemplo, hallamos establecida una division entre *la bonorum possessio necessaria*, es decir, aquella sin la que nadie puede entrar en el goce y la *bonorum possessio utilis*, es decir, aquella que no es esencialmente indispensable: distincion que no nos hubieramos determinado á hacer porque tiene el inconveniente de llamar al instante la atencion del lector hácia el *necessarius heres* ó hácia *la utilis actio*.

(1) Fr. 2, §. 11, . D. 38, 17 (18) *Neque enim sufficit mitti in possessionem nissi natus quoque acceperit bonorum possessionem.*

Sin embargo, en la verdadera *bonorum possessio* que es tambien una manera de entrar en el goce de toda una porcion de bienes, hay ciertos casos en los que se trata de un decreto (*decretum*) en virtud del cual se obtiene esta fortuna (1), asi como tambien de una colacion, *causa cognita* ó *pro tribunali* (2). A este caso es preciso referir una distincion, de que no se halla mas que un solo ejemplo en todo el derecho romano, pero que se encuentra frecuentemente en los escritos de los jurisconsultos modernos, los cuales la usan mucho mas que la de *bonorum possessio cum re et sine re*, queremos hablar de la *bonorum possessio edictalis* y la *bonorum possessio decretalis*, cuya distincion es muy verosimil tenga alguna afinidad con la que se hace de las acciones en directas y útiles (3).

§. 297. *Otras maneras de adquirir una universalidad de bienes* (4).

Entre los modos de adquirir por título universal, ademas del establecido por causa de muerte, se encuentra independiente de aquellos de que hemos hablado en el §. 217 la compra de los bienes de un deudor (*bonorum emptio*) insolvente. Este caso se presenta cuando un individuo cualquiera hace ofertas ventajosas á los acreedores, ó á su apoderado general (*magister*), es decir, que por el total de sus

---

(1) Fr. 4. D. 37, 8, *Decreto bonorum possessionem accipere*: fr. 14 §. 1 D. 37, 4. *Decreto petere bonorum possessionem.*

(2) Fr. 3, §. 8. D. 37, 1.

(3) F 1, D. 43, 18. Vide la Memoria de M. de Loehr sobre la *bonorum possessio decretalis.*

(4) Inst. 3, 12. (13) *De successionibus sublatis, quæ fiebant per bonorum venditionem*.....-Dig. 42, 6. (7) *De separationibus.*

créditos les ofrece una cantidad que les indemnice con la menor pérdida posible. Esto es lo que se llama presentar la mejor *lex bonorum venditorum, creditoribus ejus qui plurimum servat* (1): en este caso, este individuo toma la cualidad de *sector* (vide pag. 153 de este tom.), es decir, que recibe la fortuna entera del deudor. Los romanos no pensaban que fuese contrario á la equidad que semejante adquirente encontrase algun provecho en esta adquisicion, porque era absolutamente imposible que en un negocio tan complicado los acreedores no consintiesen en perder alguna cosa, como equivalente de los gastos que se les originarian por el trabajo que ó bien la justicia ó un particular tendria que hacer para terminarlo. Importaba poco que esta porcion que de grado perdian cayese en manos de la justicia, ó en las de un simple ciudadano. Sin embargo, es preciso notar que esto último conviene ordinariamente mas en esta clase de negocios, y que por otra parte sus servicios son mucho menos dispendiosos que los de la justicia.

En semejante caso, si se trataba de una sucesion, los acreedores de ella podian exigir que se comenzase por satisfacerlos del capital activo de esta misma sucesion (*separatio*), y que no se pagase á los acreedores del heredero del mismo activo, sino lo que quedase despues del completo reembolso de sus créditos.

(1) En Cic. de LL. 12, 19, y no *de creditoribus*, c. 9. p. 1, segun la rectificacion de Savigny en Zeitschrift. 11, p. 377.

TERCERA SECCION.

DE LAS OBLIGACIONES.

§. 298. *Obligatio.*

Las obligaciones no eran en esta época tan rigorosas como antes (1), y aun entre ellas hay muchas á que dió origen el derecho pretoriano (2). No podemos ahora indicar separadamente las acciones que se derivaban de cada una de ellas, pues creemos mas conveniente que al hablar de cada una de las obligaciones se trate tambien de las acciones que produce, como lo hacen Gajo y la Instituta, porque en la época á que hemos llegado iba ya dejando de existir tada *actio legis* que fuese aplicable simultáneamente á un gran número de negocios diferentes.

§. 299. *Contratos.*

Es muy probable que en la época de que tratamos no se comprendiesen ya bajo la denominacion general de contratos todos los casos en que una promesa puede producir una accion contra el obligado, sino solamente aquellos respecto de los cuales esta consecuencia habia sido prevista formalmente por el antiguo derecho. En efecto, el derecho preto-

(1) La ley *Petilia Papiria* anuló la severidad con que se obligaba al deudor á cumplir con su acreedor-*Civilistisches Magazin*, *tom.* 5, *p.* 184,

(2) Inst. §. 1. 3, 13 (14). *Omnium autem obligationum suma divisio in duo genera deducitur: namque aut civiles sunt aut pretoriæ.*

riano produjo entonces los pactos (*pacta*), en virtud de los cuales se puede intentar una accion. No dejaron de conservar el nombre de *pactos*, aunque en el fondo producian ya un efecto exactamente semejante al que los contratos producian anteriormente. La *causa* ó motivo de un contrato (*causa*), es decir, lo que le hace producir una accion y ser perfecto no se deduce únicamente de que 1.° verse sobre una cosa ó un hecho cumplido ya por uno de los contratantes (*res*); 2.° ni sobre un empeño ó contrato verbal (*verba*), sino que se deduce ademas; 3.° ó de un acto escrito (*litteræ*) y 4.° ó de un simple consentimiento de cualquier modo que haya sido expresado (*solus consensus*). Los romanos designan estos diversos modos por esta frase: *aut re contrahitur, aut verbis, aut litteris, aut consensu*; de donde los modernos han hecho derivar los nombres de *contratos reales*, *verbales*, *literales y consensuales*. La diferencia que existe entre los antiguos y los nuevos contratos (*civilia negotia et bonæ fidei negotia*) se nota de una manera muy marcada en la doctrina que los jurisconsultos nos transmiten cuando hablan de las acciones y de las excepciones las cuales eran el medio de torcer el rumbo de aquellas.

§. 300. 1.° *Contratos perfectos por la cosa (res)* (1).

Entre los contratos perfectos por la cosa el que mas importa conocer es el préstamo para consumir, llamado *mutui datio* ó como tambien se llamaba *mutuum rei creditæ*, que resulta de un préstamo, sea en dinero, como lo

(1) Dig. 12. 1. *De rebus creditis*. 13. 6. *Commodati vel contra*. 7. *De pignoratitia actione*. 16. 3. *Depositi vel contra*.

expresa el edicto, sea en moneda romana, como se dice expresamente en la ley *Gallia Cisalpina* (§. 222). La accion que de él nace lleva el nombre de *certi condictio* ó de *mutui actio*. A continuacion hallamos en el Edicto una doctrina de que no hablan ni Gayo, ni la Instituta, y es la del *Juramento* (*Jusjurandum*). Este puede ser: 1.° ó voluntario (*voluntarium*), el cual tiene lugar cuando una de las partes jura sobre la condicion que le ha puesto la otra (*conditione delata*): los romanos habian erigido en principio respecto de él, que negarse en este caso á prestar el juramento deferido era confesar públicamente que se litigaba sin justicia; 2.° ó forzado (*necesarium*). El segundo de los contratos reales, el préstamo para usar (*commodatum*) presenta ocasion para hablar del dolo (*dolus*), de la culpa (*culpa*), de la diligencia (*diligentia*) y de la vigilancia (*custodia*), de los cuales se habla tambien en otros muchos casos sobre los que tendremos proporcion de volver en lo sucesivo. Este último contrato ademas de una *accion directa* (*directa commodatatio*) produce tambien una *accion contraria* (*contraria actio*). La denegacion de un *depósito* no producia ya contra el depositario la restitucion del duplo del valor, sino cuando el depósito se le confió en un momento de desgracia. Asi lo disponia el pretor en su edicto, cuyo testo literal era *Quod neque tumultus, neque incendii, neque ruina, neque naufragii causa depositum sit in simplum: ex earum autem rerum quæ supra comprehensæ sunt in ipsum in duplum: in hæredem ejus quod dolo malo ejus factum esse dicetur qui mortuus sit in símplum; quod ipsius in duplum judicium dabo*. En este caso tambien la *accion directa* (*depositi actio*) puede muy frecuentemente dar lugar á la *accion contraria* de parte del adversario La prenda (*pignus*) no autoriza siempre al acreedor que la ha recibido á vender el objeto

dado en prenda; pero por lo regular se concede esta autorizacion por medio de una cláusula que va unida al contrato, y la cual se llama *lex commisoria*. La accion que de ella nace (*pignoratitia*) es igualmente *directa* ó *contraria* (*contra*). Estas dos especies de acciones son ahora aplicables tambien á los contratos llamados *innominados*, los cuales no se perfeccionan jamas sino por la cosa. Asi es que uno está autorizado á perseguir y reclamar la ejecucion de ellos ya por las acciones llamadas *præscriptis verbis* (expresion que quizá se deriva de *præscriptio*, de la cual hablaremos mas abajo y no de *præscribere*, *præscrire*), ya por la accion personal, cuando el que habia entregado por su parte alguna cosa se arrepentia de haber obrado asi. Las acciones personales se designaban con el nombre de *condictiones*, término al que hallamos reunido una vez *ob causam datorum*, y otra vez, lo que es mas sorprendente, la frase de *causa data, causa non secuta*.

§. 301. 2.° *Estipulaciones* (*verba*) (1).

Entre los contratos que se perfeccionan por las palabras (*verba*), los de mas frecuente uso son las estipulaciones. Este término se presenta muchas veces, ora como sustantivo, ora como verbo precedido de una partícula, tales son, por ejemplo, las palabras *instipulari* (*dolo malo*) y *restipulatio*, designacion que segun Theófilo trae consigo casi siempre el convenio verbal de una pena. Las

(1) Inst. 3. 16, (17) *De duobus reis stipulandi et promittendi*. 17. (18) *De stipulatione servorum* 19. (20) *De inutilibus stipulationibus*. 20, 21. *De fidejussoribus*.-Dig. 45, 1. *De verborum obligationibus*.

estipulaciones, como acabamos de decir, son frecuentísimas, ya como actos distintos y particulares, ya como cláusulas propias para confirmar ó precisar mas un acto de otra naturaleza, como por ejemplo, un préstamo para consumir (*mutui datio*) una venta, &c. Debemos observar tambien que habia muchísimos casos en los cuales la autoridad pública obligaba á una estipulacion, tal era la *prætoria stipulatio*, la que hallamos una vez designada bajo el nombre de *stipulatio tribunitia* (1). Tambien habia casos en los que un simple juez (*judex*) podia imponer esta obligacion (*judicialis stipulatio*). El edicto prescribia la fórmula de las estipulaciones; pero solo lo hacia respecto de las primeras (2). El objeto de todas las estipulaciones era el advertir á la parte obligada, por si intentase quebrantar su empeño, que la fórmula que habia proferido habia dado origen á una obligacion (*obligatio*). Tambien podriamos hablar aqui de aquellas especies de promesas llamadas *sponsiones*, que una parte designada por la justicia estaba obligada á hacer en beneficio de la parte contraria, bajo pena de una multa (3), cuyos actos parecian traer su origen de la primera de las *legis actiones* y eran completamente obligatorios, como hemos dicho al hablar del juramento. Hay otra clase de estipulacion muy notable y es la que se presenta muchas veces, cuando por cada lado hay muchas personas

(1) Ulp. 7, 3. Pero para esto es preciso suponer que el manuscrito es exacto, porque muy bien podria suceder que este fuese el nombre de un magistrado.

(2) Por ejemplo, en el *Civilistisches Magazin*, tom. 2, p. 442 *eam stipulationem quam is qui Romæ inter peregrinos jus dicit in albo propositam habet*, en el caso de *damni infecti cautio*.

(3) Ibid. p. 448, *Aut si sponsione judicioque utive oportebit, non defendet*. Asi habla Gajus al tratar de las *sponsiones*.

igualmente interesadas (*rei*) en la cosa estipulada (*plures rei stipulandi ó plures rei promittendi*) de suerte que en esta hipótesis no se determina por los otros cointeresados la existencia del derecho de cada uno de ellos sobre la cosa, sino la duracion de este mismo derecho. Los plebiscitos (Hist. Exter. p. 121) dados en favor de los *sponsores*, es decir, de aquellos que habian respondido afirmativamente á la interrogacion de *¿idem spondes?* y los dados en favor de los *fideipromissores*, ó en otros términos, de los que habian respondido á la demanda de *¿idem fideipromittis?* parecian haber dado origen á los *fideijussores*, es decir, á aquellos que se obligaban respondiendo á la pregunta *¿idem fideijubes?* y de los cuales no se hace mencion sino al fin del cuarto período. Algunos casos, como por ejemplo, aquellos en que se respondia á la pregunta *¿idem dabis?* se consideraban como dudosos é inciertos.

Una diferencia muy importante tambien entre estas diversas estipulaciones era la de que los herederos del *fideijussor* salian por sí mismos garantes ó fiadores de la estipulacion de su autor, al paso que los herederos del *sponsor* ó del *fideipromissor* no lo eran. Estas tres especies de personas contratantes se consideraban entre sí como solidarias (*plures rei promittendi*), es decir, que se podia comenzar por demandar á cualquiera de entre ellas á eleccion del demandante. La ley *Publilia* da al *sponssor* demandado que paga el derecho de exigir por medio de una accion llamada *depensi actio* la restitucion del duplo de la suma que pagó. En la época de que hablamos no se podia jamas hacer depender la irrevocabilidad de una estipulacion de la muerte de la parte que promete, como tampoco de la de la parte en provecho de la cual se hace la estipulacion; tampoco se puede datar el principio de la obligacion desde el momento de esta muerte (§. 20) y atendido el rigor de los principios, no era permitido ni aun el considerar la fijacion de una época cualquiera como uno de los modos de extinguirse la obligacion.

§. 302. *Dictio dotis y juramento del manumitido* (1).

La *dictio dotis* (palabra cuya inversion está admitida) si se verificaba ya en la época que nos ocupa, era una segunda especie de contrato verbal, que no podia, sin embargo, ser válido sino entre ciertas personas, tales como la muger, su padre y sus acreedores. En semejante caso no habia necesidad, ni de una pregunta preliminar, ni de una respuesta formal, para la perfeccion del acto.

Casi nada sabemos respecto de otra especie de contratos que los modernos llaman *promissio jurata operarum liberti*

§. 303. 3.° *Contratos literales* (*litteræ*) (2).

Los contratos que se perfeccionaban por medio de la escritura se dividian, como hemos llegado á saber despues del descubrimiento del manuscrito de Gajo, en dos clases, *transcriptitium nomen* (palabra que no está tomada aqui en la misma acepcion que en el §. 209, pero que corresponde á la de *folium* entre nosotros), y *arcaricum nomen*. El primero de estos contratos supone una obligacion nueva

---

(1) Ulp. 6. 2. Gaji. Inst. á continuacion del *Theodosianus Codex* 2, 9, §§. 3 y 4. Nada hallamos acerca de esto en Justiniano á no ser en el Cod. 5, 11, *de dotis (promissione et) nuda pollicitatione*.

(2) Gaji Inst. p. 162, lín. 19, p. 163, lín. 21. Gajus á continuacion del *Codex Theodosianus* 2, 9. §. 12. Inst. 3. 21. (22) *De litterarum obligatione*.

nacida de una convencion escrita preexistente, y que introduce algun cambio ya en la cosa dicha (*á re in personam*) ya solamente en la persona del acreedor (*á persona in personam*). El segundo, por el contrario, es menos una obligacion nueva que la prueba de una obligacion antigua, contraida de viva voz. Vemos tambien que se habla de los *syngrafœ* y *de los chyrografœ*, como verdaderas *litterarum obligationes* respecto de los extrangeros. En cuanto á los *transcriptitia nomina* estaban verosímilmente reservados tan solo para los romanos.

§. 304. 4.° *Contratos por simple consentimiento (solo consensu)* (1).

El uso de los contratos que se perfeccionaban por el simple consentimiento se introdujo precisamente en la época cuya historia trazamos. Estos contratos eran por lo regular aquellos actos á que se recurria principalmente para obligarse recíprocamente dos personas: despues que por el engrandecimiento del territorio de la república se hallaban los ciudadanos romanos situados á grandes distancias unos de otros, podian verificar estos contratos aun estando ausentes por medio de una carta ó por el de un corredor. Una porcion de pasages de Ciceron atestiguan su existencia desde la época de que hablamos, la cual se demuestra ademas por la inscripcion de Heraclea, en donde se

(1) Inst. 3. 22. (23) *De consensu obligation.* 23 (24) *De emptione et venditione* 24. (25) *De locatione et conductione.* 25. (26) *De societate.* 26. (27) *De mandato.* Dig. 17. 1. *Mandati vel contra* 2. *Pro socio* 18. *De contrahenda emptione*, etc. *De periculo et commodo rei venditæ.* 2. *Locati conducti.*

encuentran tambien expresamente citados los dos contratos de esta naturaleza que se refieren los últimos en la Instituta (§. XI) y que por el contrario, en el edicto se refieren los primeros. Lo que demuestra tambien que no existian mucho tiempo antes de esta época es, por una parte, que los verbos, *emere*, *vendere* (*venundare*) *locare*, *conducere*, *societatem coire*, *mandare*, que se emplean en la composicion del nombre de estos contratos no se refieren á simples estipulaciones verbales; y por otra, que no hay mas qne uno solo de estos contratos, cuyo nombre termine en *um* (*mandatum*) como el de los antiguos contratos, al paso que en los otros cuatro los nombres llevan la nueva terminacion en *tio*; verdad es no obstante que la antigua terminacion se halla todavia en el nombre de la accion á que podian dar lugar estos mismos cuatro contratos (*actio empti*, *mandati*, *&c*). Por lo tocante á la venta, la expresion proverbial, *permutatione rerum emtionem et venditionem contrahi* (1), nos manifiesta desde luego que no era condicion esencial que el adquirente desembolsase una suma de dinero, y por consiguiente que entre este contrato y el cambio no habia una diferencia tan marcada como la que con el tiempo se estableció. De que se diga incidentalmente, al hablar de esta materia, que la venta se perfecciona desde el momento en que las dos partes se hallan de acuerdo, no se puede establecer como positivo que esta regla existiese anteriormente, pero sí hasta cierto punto deducir que tuvo su origen en el segundo período. Las medidas de policía relativas á los casos en que el vendedor podia pedir la anulacion de la venta (*redhibitio*) (2) por razon de la mala cua-

(1) Inst. §. 2. 3, 23 (24).

(2) *Redhibere* corresponde á *exhibere* en los escritos de los jurisconsultos romanos y á *habere* en Plauto. Los primeros se valen

lidad de las cosas vendidas, llevaban el nombre particular del *Edictum Ædilium*. La accion que nace de la venta toma por una parte el nombre de *actio empti* y por otra la de *actio venditi*.

El arrendamiento (*locatio et conductio*) era tambien un contrato, cuya doctrina se asemejaba en lo antiguo á la de la venta menos que en lo sucesivo (1). Este contrato comprendia un gran número de cosas diferentes; ó tenia por objeto el derecho de gozar (*uti et frui*) de un inmueble, y particularmente de los que pertenecian á la república (§. 265) ó el servirse de los trabajos de un esclavo, ó de un hombre libre (*opus*), v. g. el conservar los tejados (*sarta tecta*) ú otras cosas semejantes (2). El goce del objeto arrendado podia transmitirse á los herederos. En cuanto al *opus* nada nos dice la Instituta. La accion que producia este contrato se llamaba *locati* de parte del que arrendaba, y *conducti* de la del que tomaba su arrendamiento.

La socidead (*societas*) era un contrato frecuentísimo, sobre todo entre los publicanos, pero muy poco favorecido todavia por las leyes; sin embargo, la pena impuesta á un asociado producia tambien la infamia contra el mismo: la accion que se derivaba de este contrato se llamaba *actio pro socio*.

---

de esta voz cuando hablan del comprador: Plauto cuando trata del vendedor.

(1) Festo dice que la *locatio fundi publici* llevaba el nombre de *emptio*. La palabra *redemtor operis* es la que se ha conservado.

(2) Plauto dice tambien *argentum locare* (Most. 3, 1, v. 4) con relacion á los impuestos, cuyas palabras no tienen el mismo sentido que las de *pecuniam locare* que Scheller á creido sinónimas. Gibbon da la misma significacion á las palabras *argentum locare* aun cuando es verosimil que no le haya determinado á ello la autoridad de Plauto.

El mandato (*mandatum*), considerado como substitucion ó reemplazo de una persona por otra, era mucho menos frecuente que antes, porque habia una porcion de casos en los cuales era absolutamente necesario obrar personalmente ó al menos por medio de individuos con quienes se mantuviesen relaciones constantes. El depósito (*depositum*) (§. 300) no se consideraba como una especie de mandato (*mandatum*). Tampoco se habia decidido todavia perfectamente hasta que punto la accion que nacia de él podia extenderse á los herederos. La pena impuesta al mandatario traia tambien consigo la nota de infamia (1). El mandato daba igualmente origen á dos acciones, la accion *mandati directa*, que se intentaba por el mandante (*mandator*), y la *actio contraria*, que competia á la otra parte, que quizá era la que hoy llamamos *mandatario* (*mandatarius*), segun parece anunciarlo el título correspondiente de la Instituta, aunque no es facil conciliar esta circunstancia con la infamia que recaia sobre la persona del mandatario, condenado á consecuencia de la accion directa.

Por lo demas, estas dos últimas especies de contratos, ademas de la circunstancia de estar perfeccionados por el simple consentimiento, tienen de comun que ninguna de las dos partes contratantes se halla obligada sola y de una manera positiva, sino en tanto que no ha denunciado á otros su contrato.

---

(1) La prueba de esto la hallamos en los fragmentos hallados en Heraclea (*Civilistisches Magazin*, t. 3, p. 376). Ciceron (*pro Roscio Amer.* (39) enumera la negligencia de un mandatario como una de las causas que pueden producir contra él una acusacion criminal. Pero para esto es necesario que esta negligencia constituya una especie de dolo.

§. 305. *Quasi ex contractu* (1).

Las obligaciones que nacen de un cuasi contrato (*obligationes quasi ex contractu*) eran tres en esta época; 1.ª gestion de negocios (*negotia gerere*), de donde resultaban las acciones *negotiorum gestorum* directa y contraria; 2.ª la administracion de una cosa comun (*rem communem administrare*); 3.ª el pago de una cosa que no se debe (*indebiti solutio*) Cuando se trataba de la administracion de una tutela, el fallo que se daba, condenando al administrador de ella, llevaba tambien consigo la pena de infamia. Ignoramos por qué no se colocaba en la misma clase el caso en que habia *litis contestacion*, sobre todo, cuando el valor del objeto demandado se aumentaba hasta el duplo por el atraso (*lis inficiando crescit in duplum*) (2), asi como otra porcion de casos, tales; por ejemplo, la aplicacion de la ley *Rhodia de jactu*, las obligaciones que los modernos llaman *pacta legitima et prætoria*, especialmente el pacto llamado *constituta pecunia*; en fin, todas las hipótesis que dan lugar á las acciones Pauliana, Fabiana, Calvisiana.

§. 306 *Extincion de una obligacion* (3).

Ni Gajo, ni la Instituta dividen, cual hoy se hace, las obligaciones en unas que se extinguen por sí mismas (*ipso jure*) y otras que finalizan en virtud de una excepcion (*exceptio*), lo que sin embargo, no se verifica sino en ciertos casos particulares; solamente se hace en dichos tratados una simple mencion del primero de estos dos modos de extinguirse las obligaciones. Asi es, por ejemplo, que citan la aceptilacion (*aceptilatio*): en este acto no era rigorosamente necesario que las partes hubiesen estipulado formalmente, ya un término, ya cualquiera otra condicion, aunque sin embargo, frecuentísimamente se hallaba sobreentendida esta condicion, la cual dimanaba de la naturaleza misma del acto. No es muy facil conocer en que motivos se fundaba esta última circunstancia, porque sabemos que la estipulacion estaba, por el contrario, sujeta á restricciones de esta naturaleza. Por lo demas, de que la aceptilacion constituyese un modo particular de extinguirse la obligacion, el cual no fuese aplicable, sino á una sola de las maneras de que nacia la obligacion, es decir, á la estipulacion solamente, no se ha de deducir que no existia un modo universal de extinguirse todas las obligaciones, el cual fuera aplicable á todas ellas en general, y que ademas cada una podia cesar precisamente del mismo modo que habia comenzado. En efecto, una obligacion contratada por el solo consentimiento de las partes, se rompia por el consentimiento contrario (*contrarius consensus*) que tambien se llamaba algunas veces *disensus contrarius* y los modernos apellidan siempre *mutuus disensus*. El contrato verificado *per æs et libram* y el llamado *judicati causa* finalizaban igualmente uno y otro por el pago, *per æs et libram solutio*. En fin, Gajo cita la novacion (*novatio*) como la consecuencia natural que debia seguir en muchos casos á una obligacion verbal (*verborum obligatio*) (1). Servio Sulpicio nos enseña

(1) Dig. 3, 5, y por consiguiente en una ocasion particular *de negotiis gestis*. 14. 2. *De lege Rhodiâ de jactu*.

(2) Todavia no se ha esplicado porque no era posible exigir en este caso la restitucion de *un indebitum solutum*.

(3) Dig. 46, 2. *De novationibus et delegationibus*. 3. *De solutionibus et liberationibus*. 4. *De aceptilatione*.

(1) *Civilistisches Magazin*, tom. 2, p. 427.

que en este caso una obligacion condicional no podia siempre disolver la antigua (1). La disolucion no se verificaba sino en tanto que la nueva obligacion no estaba grabada con ninguna condicion; pero sí se realizaba, aun cuando á una obligacion útil se sustituyese una inútil (2). Entre los modos por los que una obligacion puede extinguirse, citaremos tambien la instancia judicial (*litis contestatio*) en una accion legítima (*legitimum judicium*) segun la regla siguiente: *ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere; post condemnationem judicatum facere oportere* (3). No podemos casi dudar tampoco que desde esta época se comenzase ya á invocar, como causa de nulidad de una obligacion, el olvido fortuito de la designacion de la especie de la cosa de que uno se declaraba deudor, asi como el concurso de dos obligaciones gratuitas (4).

DERECHO PENAL.

§. 307. *Delitos privados.*

El pretor, conforme con las disposiciones de las leyes Porcia y Poetilia Papiria que prohibian azotar y entregar en la clase de *addictus* á ningun ciudadano romano, redujo á pena pecuniaria la corporal que por las doce tablas se imponia al hurto manifiesto. Esta pena era del cuádruplo, y por lo mismo la accion que para imponerla se daba era pe-

(1) Gaj. p. 175, lin. 1.
(2) §. 3. Inst. 3, 29 (30).
(3) Gaj. p. 175, lín. 15 y siguientes.
(4) *Duas lucrativa causas in eundem hominem et in eundem rem concurrere non posse* (§. 6. Inst. 2, 20).

nal teniendo ademas el dueño accion civil para reivindicar la cosa hurtada. Acerca del *hurto no manifiesto* nada varió el pretor, concediendo por el contrario en conformidad con lo dispuesto por las doce tablas la condicion furtiva ó la vindicacion.

Respecto del *hurto concebido* el pretor le castigó primero en el triplo, y despues en el duplo, equiparándole de este modo al hurto no manifiesto.

Tambien castigaba en el triplo el hurto llamado *ofrecido*, que era cuando el ladron daba á otro la cosa hurtada, ó la arrojaba en su fundo para que se encontrase en poder de aquel y no en el suyo.

Otras dos clases de hurtos se distinguian en el edicto; 1.° el *prohibido* que era cuando queriendo buscar la cosa hurtada se oponia el dueño de la casa; y 2.° el no *exhibido*, y era cuando negaba que tuviese la cosa robada y despues se le encontraba. No se sabe de cierto la pena que estaba asignada al primero de estos dos hurtos; pero es probable que fuese la del duplo, la cual se imponia tambien al segundo.

Hízose ya en esta época una distincion entre el que robaba á escondidas y valiéndose de la astucia, y el que lo hacia valiéndose de la fuerza y á presencia del dueño: al primero se le llamó *fur*, al segundo *raptor*. La pena que se imponia á este último era la del cuádruplo, pero como en este cuádruplo iba comprendido el valor de la cosa, la pena quedaba reducida al triplo.

Estas eran las mismas palabras de que usaba la ley Aquilia. *Qui servum servamve alienum alienamve cuadrupemve pecudem injuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit tantum æs dare domino damnas esto.* Hablaba, pues, en este primer capítulo de la muerte dada á un siervo ó á

algun animal, la cual era vindicada con el resarcimiento del mayor valor que tuvo en el espacio del último año que vivió. El segundo capítulo de esta ley ha sido desconocido hasta el descubrimiento de Gajus. Establecia una pena contra el *adstipulator* (1) que para defraudar al estipulante habia perdonado la deuda al prometiente, librándole de pagarla por medio de la aceptilacion. El tercero se referia á los que hiriesen ó dañasen de cualquier modo á un animal, en cuyo caso debia restituir el culpable el mayor valor que el objeto ó animal habia tenido un mes antes.

§. 308. *Injurias.*

Para evitar los inconvenientes que traia el fijar, como lo hacian las doce tablas, la pena pecuniaria en que incurria el que injuriaba á otro, dispusieron los pretores que nombrarian jueces que estimasen cada injuria en lo que les pareciese, atendidas las circunstancias.

§. 309. *Cuasi delitos.*

Las acciones que resultaban de un cuasi delito eran muy numerosas; tales eran, por ejemplo, el fallo injusto de un juez (*si judex litem suam fecerit*), la destruccion causada por un objeto arrojado ó derramado sobre una persona (*effusum vel dejectum*), en fin, la responsabilidad de un posadero por el robo de un objeto que se le ha confiado (*receptum*). Tambien se podria colocar en esta clase el caso en que un perito ó encargado de hacer una medicion se hubiese engañado (*si mensor falsum modum dixerit*); pero en este caso era siempre necesario que la equivocacion fuese muy notable. En fin, tambien se podrian colocar aqui las alteraciones hechas en el album del pretor (*album corruptum*) y otra porcion de ellas.

(1) Vide §. 225 nota.

Los delitos cometidos por los que estan sometidos al poder de otro no recaen sobre el señor ni el padre, si no es á lo mas en tanto que uno y otro estan obligados á desprenderse de ellos y darlos en reparacion, ya en virtud de una ley, como por ejemplo, la ley Aquilia, ya tambien en virtud del edicto. La regla que rige respecto de este punto es *noxalis actio caput sequitur*. Si el esclavo ó el hijo de familias se hallan bajo el poder del ofendido la accion de este se extingue y en este caso se necesita una sola emancipacion respecto del hijo de familias.

DELITOS PUBLICOS.

En esta época hallábanse enumerados como delitos; 1.° las exacciones y los abusos de poder cometidos por los gobernadores de las provincias (*pecuniæ repetundæ*); 2.° las intrigas ilegales para llegar á obtener las magistraturas (*ambitus*) y principalmente todos los actos que podian comprometer la seguridad ó el honor del pueblo romano (*majestatis populi romani crimen*), el cual se llama entre nosotros *crimen de lesa nacion*. Es un error querer colocar en esta categoría la ley *Scatinia de infando venere*: nosotros creemos que no pertenece á este lugar. En esta época el código penal habia sufrido una modificacion importante. La pena de muerte contra los romanos se habia abolido ó al menos no se ponia en ejecucion, porque el curso del procedimiento permitia al reo que se salvase hu-

yendo, de modo que su pena se limitaba á perder todas las esperanzas que su ambicion le hiciera concebir y á vivir lejos de Roma, privándose de tantos atractivos como esta deliciosa morada proporcionaba á sus habitantes. Sin embargo, este uso no tenia lugar en circunstancias extraordinarias, por ejemplo en el caso en que se declaraba al criminal enemigo del Estado. La pena de muerte permaneció tambien contra los individuos no romanos y contra los esclavos. Poco á poco se introdujo la costumbre de la privacion del agua y del fuego (*aquæ et ignis interdictio*) pronunciada por una ley ó por un magistrado (1) y cuyo efecto era el destierro de un individuo de toda Italia. Las penas pecuniarias eran tambien muy frecuentes. En el número de las causas que producian infamia se contaba la falta al duelo; pero el derecho romano no conocia pena alguna puramente infamatoria.

El magistrado que en el curso de un negocio habia invocado y aplicado un nuevo medio de derecho contra una parte, estaba obligado á sufrir que en todo tiempo se le opusiese tambien este mismo medio. Sin embargo este castigo no se aplicaba rigorosamente á los magistrados que daban edictos.

PROCEDIMIENTO CIVIL.

§. 310. *Organizacion judicial.*

A pesar de la grande obscuridad en que se ocultan los hechos de los primeros siglos de Roma parece cierto que la autoridad judicial era una de las atribuciones de los reyes. Después de la expulsion de los tarquinos, los cónsules herederos de toda la autoridad real se encargaron especialmente de este interesante ramo de administracion pública, cuya funcion ejercieron hasta fines del siglo IV. Sin embargo, ya antes de este tiempo los cuidados del gobierno y de la guerra les impedian dedicarse á administrar justicia, por lo cual se creó un magistrado especial *ad hoc* el año 387 de Roma, á quien se llamó *Pretor*. Su autoridad era muy extensa; comprendia la jurisdiccion voluntaria y la contenciosa. Los actos de jurisdiccion voluntaria eran de dos especies: 1.° actos solemnes que se hacian segun el rito antiguo de las *legis actiones*; tales eran la *manumissio vindicta*, la *mancipatio*, la *adoptio*, la *cessio in jure*; 2.° una porcion de actos que no estaban sujetos á una solemnidad especial, como la *missio in possessionem bonorum*. En cuanto á la jurisdiccion contenciosa, el pretor la ejercia de dos maneras: 1.° ó dando un juez, es decir, enviando las partes ante uno ó muchos jurados; ó 2.° *extra ordinem*, deliberando el mismo sobre el fondo de la cuestion. Otros magistrados habia llamados *Ædiles* que tambien administraban justicia en algunos negocios especiales, por lo mismo sus atribuciones judiciarias eran muy cortas, al paso que las administrativas eran muy extensas y formaban su principal objeto.

(1) Liv. 25, 4. App. B. civil. 1. 31.

§. 311. *De los jueces ó jurados.*

El uso de remitir el magistrado el negocio á uno ó muchos jueces era antiquísimo en Roma. Estos jueces que se encargaban por mandato de otro de la decision de los negocios recibian diferentes nombres; se llamaban *judex*, *arbiter*, *recuperatores*, *centunviri*. El *judex* y el *arbiter* juzgaban por si solos. No conocemos de un modo exacto las di-

ferencias que entre ellos habia. Los *recuperatores* y los *centunviri* formaban dos clases separadas que decidian en comun, eran propiamente tribunales colegiados.

El *judex* se sacaba al principio exclusivamente de los senadores, despues se admitieron tambien para este cargo á los caballeros, y por fin se formaron varias decurias, cuyo número se aumentó en lo sucesivo, de las cuales se formaban listas y se fijaban públicamente en el *forum* del pretor, quien juraba que solo inscribiria en ellas á los hombres mas honrados. De entre los inscriptos las partes elegian generalmente el que querian que fuese juez, á quien el pretor investia del derecho de juzgar (*judicem addicere*) (1). En defecto de esta eleccion de las partes el magistrado le nombraba de oficio. Las partes podian, sin embargo recusarle. Solo por muy legítimas causas podia el juez escusarse de desempeñar su cargo.

§. 312. *Recuperatores.*

No sabemos á punto fijo el origen y las atribuciones especiales de esta clase de jueces. Sin embargo, es creible que á causa de la multitud de extrangeros que venian á Roma se sintiese la necesidad de designar una autoridad especial que se encargase de dirigir las contiendas que entre nacionales y extrangeros se suscitasen. En lo sucesivo tambien entendieron de algunos pleitos de los ciudadanos. Se nombraban unas veces tres, otras cinco para un mismo negocio. No era indispensable que los *recuperatores* fuesen elegidos de los que formaban las listas de jueces, antes por el

(1) Papin. L. 39. Paul. L. 7, 46. Pomp. L. 180. D. *de judiciis.*

contrario el magistrado los nombraba muchas veces de entre los que le acompañaban. Esto hizo creer á algunos que los *recuperatores* se nombraban para los negocios urgentes y especialmente cuando se trataba de la posesion. Quizá tambien recibiesen aquel nombre por hallarse encargados de restablecer en la posesion al que habia sido despojado de ella. Nada de esto nos consta de un modo positivo; sin embargo, es evidente que la tramitacion que seguian los *recuperatores* era mucho mas pronta y expedita que la que observaba el *unus judex*. *Recuperatores dare ut* QUAM PRIMUM *res judicaretur* dice Ciceron, y Gajus se espresa poco mas ó menos en estos términos. *Recuperatoribus suppositis ut qui non steterit protinus recuperatoribus condemnetur* (1).

§. 313. *Centunviri.*

Los centunviros formaban tambien un tribunal colegiado bajo la presidencia de los *quæstores*. Se diferenciaban de los *recuperatores* por la organizacion de su tribunal y por la clase de procedimiento que usaban. El origen de los centunviros se pierde en la noche de los primeros tiempos. Eran elegidos para componerle tres individuos por cada tribu, por lo que siendo estas 35, componian un número de 105, el cual se aumentó en lo sucesivo. Antes de comparecer las partes ante los centunviros llenaban ante el pretor las fórmulas de la accion de ley. Estos jueces se sentaban en el *forum* ó en la basílica *Julia*. Delante del tribunal se plantaba una lanza (*hasta*) (de aqui *hastæ judicium*, *hasta præsse*), la cual segun Gajus era el símbolo de la propiedad

(1) Comm. IV. §. 185.

romana; de aqui han deducido algunos que los centunviros no conocian mas que de las cuestiones sobre propiedad; pero segun Ciceron (1) la jurisdiccion de los centunviros era muy extensa.

§. 314. *De los consejeros que acompañaban á los magistrados y jueces.*

Los magistrados desde tiempos muy remotos tuvieron la costumbre de llamar consejeros ó asesores, á quienes consultaban para la decision de los negocios, costumbre que introdujo la necesidad, puesto que los magistrados no eran jurisconsultos. Los abogados jóvenes eran por lo comun los que se ejercitaban en esto, con lo cual adquirian mucha práctica en el despacho de los negocios. Los jueces, como que necesitaban del auxilio de las personas versadas en el estudio de la jurisprudencia, llamaban tambien á aquellos y á sus amigos para consultarlos.

§. 315. *Trámites del Procedimiento civil.*

En esta época los pretores fueron introduciendo unos procedimientos judiciales mas complicados y mas científicos que los que se usaban anteriormente.

La ley *Ebucia* abolió la *actio sacramenti*, excepto cuando se trataba del *damnum infectum* y en los casos en que el pleito debia ventilarse ante los centunviros, la *condictio* y quizá tambien la *judicis postulatio*. La *in manus injectio* y la *pignoris capio* continuaron en vigor y solo fueron suprimidas ó modificadas por las leyes *Julias* dadas por Augusto.

(1) De orat. c. 46.

El procedimiento formulario se substituyó á las acciones de ley suprimidas. El carácter esencial de este procedimiento consistia en la redaccion de una fórmula ó instruccion escrita en que el pretor fijaba la cuestion que tenia que resolver el juez nombrado y en la que le conferia el poder de absolver ó condenar. En este procedimiento el demandante no necesitaba usar de ciertos gestos ni palabras sacramentales; podia exponer su pretension en lenguaje vulgar al pretor, quien si veia que las razones eran conducentes provehia de la fórmula, pero si las juzgaba impertinentes la negaba, y con ella la accion para entablar el juicio.

Vemos, pues, que este procedimiento se divide en dos partes; la 1.ª comprende los actos que se verifican ante el magistrado (*in jure*); la 2.ª los que pasan ante el juez (*in judicio*).

La fórmula, pues, investia al juez de la facultad de juzgar; determinaba las cuestiones que tenia que resolver y los principios de derecho que debia aplicar; describia hipotéticamente la condenacion que debia pronunciar, y en fin, era á la vez una instruccion por la que debia guiarse el juez en la investigacion del hecho y una verdadera sentencia subordinada á la comprobacion de los puntos tanto de hecho como de derecho que era preciso aclarar.

Detallemos mas los trámites de este procedimiento.

I. *In jus vocatio.*

La citacion no habia perdido todavia aquel sello de barbarie que tenia en el antiguo procedimiento; continuaba

siendo un acto privado: el demandante podia usar de la fuerza para hacer comparecer á su adversario. Sin embargo, bien pronto se estableció que fuese multado el que siendo citado ante el magistrado no asistia, con lo cual la citacion tomó el carácter de un acto público. Prohibióse tambien emplear la fuerza para hacer comparecer á las matronas (1), no pudiéndose tampoco citar á las autoridades que estaban en el ejercicio de su poder ni á los sacerdotes que se hallaban ocupados en los sacrificios (2). El descendiente para citar á su ascendiente y el manumitido á su patrono necesitaban permiso del pretor (3) bajo pena de multa.

II. *Actionis editio.*

La *editio actionis*, que no debe confundirse con la *denuntiatio actionis*, ni con la *postulatio actionis*, era el acto por el cual hallándose los litigantes ante el magistrado, el demandante indicaba al demandado la accion que pensaba intentar contra él. Esta indicacion podia hacerla de viva voz, ó por escrito, ó solo señalando la accion que se hallaba en el *album* del pretor. Hecha esta indicacion el demandado podia ó contestar inmediatamente ó pedir un plazo para preparar los medios de su defensa; en este último caso tenia lugar lo que se llamó *vadimonium.*

III. *Vadimonium in jure.*

El *vadimonium* consistia en la promesa que hacia el de-

---

(1) Valer. Max. II. c. 1. §. 2.
(2) Ulp. L. 2. D. *de in jus voc.*
(3) Ulp. L. 4. §. 1. D. eod. tit.

mandado de presentarse en un dia fijo. El *vadimonium* era *purum, jurejurando, cum satisdatione*, y *recuperatoribus suppositis.* De cualquier clase que fuese iba siempre acompañado de una cláusula penal para el caso de no comparecer el dia señalado; mas no solo tenia que pagar al demandante el importe de dicha pena en este último caso, sino que podia dicho demandante obtener del pretor la posesion de los bienes del demandado (*missio in possessionem bonorum*).

IV. *Postulatio et impetratio actionis.*

Si ambas partes asistian el dia señalado el demandante pedia en alta voz al magistrado la accion de que anteriormente habia manifestado que iba á valerse. El demandado puesto que ante el magistrado no se debatia la cuestion en su fondo, se limitaba á sostener que segun los principios de derecho no debia concederse la accion, que pedia su adversario. El pretor, despues de haber oido ambas partes, concedia ó negaba la accion: en el primer caso daba la fórmula en la que nombraba el juez y fijaba las cuestiones como hemos dicho ya; hecho lo cual, terminaba el procedimiento ante el pretor; y se decia *judicium et constitutum*; *res in judicium est deducta*; *judicium acceptum est*; *lis incohata cœpta est*, y otras expresiones semejantes para indicar que el juicio estaba ya entablado.

V. *Litis contestatio.*

La *litis contestatio* en el procedimiento formulario significa otra cosa que en el que se usaba antiguamente. Indica la conclusion de la parte del proceso que pasaba ante

el pretor, por lo mismo tenia lugar *in jure*. Sus efectos eran varios como se verá en las Instituciones.

VI. *Interrogatio in jure*

In jure podian hacerse varias preguntas preliminares que sirviesen para que no se engañase el demandante ó el demandado y que podian influir en el modo de redactar la fórmula: tales podian ser, por ejemplo, las preguntas que dirijiese el demandante de si el demandado es ó no heredero de fulano, de si posee ó no tal fundo; si tiene ó no tal edad. Nadie estaba obligado á contestar sino á lo que se dirigia directamente á su persona. Por lo demas, el magistrado decidia cuales preguntas eran ó no pertinentes.

Los efectos que producian estas preguntas eran diversos, como se deja conocer, segun que el demandado afirmaba ó negaba ó no queria contestar.

Las fórmulas que el pretor daba á consecuencia de estas interrogaciones se llamaban *interrogatoriæ actiones*: de esta suerte resultaba que cualquiera accion podia hacerse interrogatoria.

VII. *Confessio in jure.*

La ley de las doce tablas equiparaba al que ha confesado con el que ha sido ya condenado. *Æris confessi debitique triginta dies*. De consiguiente si el deudor confesaba la deuda, podia ser apremiado por la via ejecutiva como si hubiese sido ya juzgado.

VIII. *Jusjurandum in jure.*

Los romanos conocian varias clases de juramentos, pero aqui solo hablaremos del juramento deferido *in jure*. Este era un medio usado para concluir pronto el proceso. El derecho pretorio contenia acerca de él las siguientes disposiciones. *Eum á quo jusjurandum petitur solvere aut jurare cogam: si id cum quo agetur conditione delata juraverit... ejus rei de qua jusjurandum delatum fuerit neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet judicium dabo* (1). El juramento no era en Roma un acto esencialmente religioso; las partes podian convenir en la fórmula que debia usarse; las mas usadas eran *per Joven, per salutem suam, per genium principis*. Aunque depues se probase que el que habia jurado habia cometido perjurio, nada influia esto en el negocio civil de que se trataba, pues para castigar el perjurio era necesario entablar la accion criminal

§. 316. *Partes de que se componia la fórmula.*

Las diferentes partes que contenia una fórmula eran la *demostracion* (*demostratio*), la *intencion* (*intentio*), la *adjudicacion* (*adjudicatio*), y la *condenacion* (*condemnatio*.) La *demostracion* era la designacion del objeto de la accion; la *intencion* la demanda del querellante; la *adjudicacion* la frase de que era permitido al juez servirse para conceder alguna cosa á una de las partes en una demanda de particion; en fin, la *condenacion* la que se emplea para indicar la pe-

---

(1) Ulp. L. 34, §. últ. *de jurejur.*

na á que debia ser condenado. (*Ex* S. P. C. *si paret condamna*) y en el otro la absolucion (*Ex* S. N. P. A. *si non paret absolve*) (1). Sin embargo, podia suceder que la intencion se hallase sola, como por ejemplo, en las fórmulas llamadas prejudiciales (*præjudiciales fórmulæ*), llamadas asi precisamente porque no contienen condenacion; estas fórmulas son las que se emplean no solo para las causas en que se trata de saber si un individuo es liberto (*libertus*) ó no lo es, sino tambien para otras que nadie hasta hoy hubiera pensado contar en esta misma clase; hablamos de aquellas en que se trata de determinar el valor de una dote. Estas causas no tienen nada de comun con las que se llamaron *præjudicia*. Las fórmulas se referian ya á un derecho (*in jus conceptæ*) ya á un hecho (*in factum conceptæ*) ya en fin á uno y otro á la vez. La condenacion se hacia siempre en metálico, en atencion á que el objeto demandado se consideraba constantemente como una suma numérica, sin duda porque las deudas pecuniarias eran las únicas respecto de las que la ejecucion estuviese sujeta á una marcha determinada.

§. 317. *Procedimientos ante el juez (judicium).*

La instancia ante el juez forma el *judicium* propiamente dicho. Una vez dada por el pretor la fórmula á las partes, debian estas presentarse al juez designado: ante él las defensas eran orales y públicas; estas se hacian despues de haber producido los documentos y oido á los testigos. En la

(1) Por la primera vez hallamos estas palabras en la ley de la Galia Cisalpina.

materia civil los abogados no tenian limitado el tiempo que debieran tardar en la defensa. Concluidas las defensas el juez daba su sentencia condenando ó absolviendo conforme á la alternativa establecida en la fórmula; algunas veces podia abstenerse de darla jurando *sibi non liquere.* (1)

§. 318. *Acciones propiamente tales.*

La escrupulosidad con que se procedia en juicio entre los romanos hizo que los jurisconsultos se dedicasen con asiduidad al análisis de las acciones de que debieran valerse, y de aqui nacieron las infinitas divisiones que de ellas observamos, y de las cuales vamos á exponer las principales.

§. 319. *In rem et in personam actiones.*

Las principales especies de acciones son:

1.° Las acciones reales llamadas *in rem petitiones* segun la expresion de Aquilio (2), explicada asi por Papiniano (3), y por Ulpiano (4). Tambien se les llamaba algunas veces *in rem vindicationes*. Intentábanse relativamente á una cosa incorporal ó una servidumbre, y la accion contraria llevaba el nombre de negativa (*negativa*). La fórmula trazada por Aquilio nos demuestra que ya se hacia uso tambien de ella contra el que no se hallaba en posesion real del objeto reivindicado, pero que por mala fe habia dejado de poseerle (*dolo fecit quominus possideret*).

(1) Cic. pro Cluent. 47, 28, 38, Aul. Gell. Noct. att. XIV, 2.
(2) §. 2, Inst. 3, 29.
(3) Fr. 28, D. 44, 7.
(4) Fr. 178. §. 2, D. 50, 16.

2.° Las acciones personales llamadas *in personam actiones* y tambien algunas veces *conditiones* se referian al caso en que un individuo se habia obligado á dar (*dare oportere*). El simple poseedor no podia intentar semejante accion sino contra un ladron. Gajo habla de ellas en este lugar, pero la Instituta no las cita hasta despues (§. 14 del tit. IX).

3.° Las acciones mixtas (*mixtæ actiones*), tales como la de partir una sucesion (*familiæ erciscundæ actio*), la de dividir una cosa comun (*communi dividundo actio*) y la de amojonar las heredades (*finium regundorum actio*)

En lugar de esta última especie de acciones, de que la Instituta tampoco habla hasta haber manifestado cuanto podia decirse acerca de todas las otras, hallamos en Aquilio la palabra *persecutio*. Gajo subdivide tambien las acciones personales en unas que tienden á perseguir una cosa (*rei persequendæ causa coemparatæ actio*) que los modernos llaman (*rei persecutoriæ actio*) y en otras que son simplemente penales (*penales ó actiones mixtæ* en este sentido) Designa como punto sujeto á controversia la cuestion de saber si la accion que resulta de la rapiña (*vi bonorum raptorum*) es simplemente penal (1).

Debemos colocar entre las acciones mixtas todos los casos en que *inficiando lis crescit* (§. 283-300), y bajo cierto aspecto la accion que se deriva de la ley Aquilia (*legis Aquiliæ actio*.

§. 320. *Civiles et honorariæ actiones.*

Las acciones son civiles (*civiles*) ó pretorias (*honorariæ*). Las primeras sustituyeron á las *legis actiones* de que habla

(1) Gaj. p. 190, lín. 4.

Gajo con este motivo y que en su tiempo no eran ya aplicables sino en solos dos casos, á saber; si se trataba de perjuicios ocasionados en la casa de uno por un vecino suyo (*damnum infectum*) en cuyo caso habian dejado tambien de usarse ya; y cuando una causa se llevaba ante los centunviros (*centunvirale judicium*) (1). Las acciones pretorias (*honorariæ actiones ó ex prætoris jurisdiccione comparatæ actiones*) deben su introduccion en esta época en la jurisprudencia romana, á que ya no se tenia entonces consideracion á ciertas cosas que ejercian en otro tiempo una grande influencia en ella; ó para emplear las mismas expresiones de los romanos, á que se suponia (*fingitur*) una cosa que no existia realmente (§. 56); por ejemplo, cuando se suponia que un individuo era ciudadano romano para que pudiese intentar una accion en cualidad de tal. Por oposicion á la accion que se deriva de esta ficcion (*fictio*) la accion civil toma el nombre de *directa*, palabra que vemos repetida con mucha frecuencia.

§. 321. *In simplum aut supra conceptæ actiones.*

En una porcion de casos el que intenta la accion no persigue mas que el simple valor del objeto reclamado; pero muchas veces tambien persigue el duplo de este valor, al menos en el caso en que el demandado niega. Para pedir el cuádruplo no hay accion; y la misma que se interpone para rescindir un contrato por haber sufrido violencia (*quod me-*

(1) Gaj. p. 198, lín. 17; p. 202, lín. 9, El jurisconsulto anónimo de quien se burla Aul. Gel. (16, 10) habla tambien de las *actiones Centunviralium causarum* como las únicas en que todavia se recurria á las *legis actiones*.

tus causa) se limita al simple valor de la cosa, puesto que el condenado puede dar la cosa misma y salir por este medio del negocio.

§. 322. *Bonæ fidei, strictæ et arbitrariæ actiones.*

Un gran número de acciones son de buena fé (*bonæ fidei*), es decir, que el juez (*judex*), ó mas bien el árbitro (*arbiter*) pueden determinar por lo que les dicte su conciencia (*ex æquo et bono*) lo que el demandado debe pagar al demandante. En este caso puede oponerse la compensacion entre dos obligaciones recíprocas. Otras acciones son de derecho estricto (*stricti juris actiones*), nombre que no se les dió mas que una sola vez (*strictæ actiones, stricta judicia*). A esta clase pertenecen señaladamente todas las que nacen de una estipulacion; sin embargo, hay ciertas estipulaciones que se separan de esta regla porque se inserta en ellas de una manera expresa, la cláusula *ex bona fide* (1). Algunas acciones son arbitrarias (*arbitrariæ actiones, ex arbitrio judicis pendentes actiones*): en ellas el demandado debe ser condenado cuando no obedece el mandato del juez ó del árbitro que le ordena restituir la cosa. Estas acciones dan lugar á suponer ó que existe en este caso una accion real, ó bien que una obligacion nueva se substituye en el lugar de la obligacion primitiva, como en las acciones, *quod metus causa, de dolo, quod certo loco dari oportet, ad exhibendum* y otras.

(1) Asi se ve en la *Lex de Gallia Cisalpina* 1, 27, 36.

§. 323. *Plus petere et minus petere.*

El que demandaba ó pedia mas de lo que se le debia perdia su derecho. La plus peticion se hacia de cuatro maneras; 1.° por la cosa; 2.° por el tiempo; 3.° por el lugar; y 4.° por la causa. Este último caso tiene lugar cuando se queria privar al deudor de la eleccion que le pertenecia, es decir, de la opcion que en derecho tenia de dar, entre muchas cosas que hubiese prometido una de ellas. El que pide menos de lo que se le debe no puede reclamar el exceso bajo la jurisdiccion del mismo pretor, porque á ello se opone la *exceptio litis dividuæ*. Si la condenacion es excesiva ó no es suficiente, se recurre á la *in integrum restitutio*: pero el error cometido en la demostracion no produce inconveniente alguno, á no ser que dicha condenacion lleve consigo la pena de infamia, porque en tal caso es necesario que el acusado pueda reclamar facilmente la proteccion de la ley.

§. 324. *Actiones in solidum vel non.*

Algunas veces la accion no tiene por objeto el pedir la totalidad de la cosa (*in solidum*) (1), sino solamente el importe del peculio, ó el valor de la fortuna del deudor (*in quantum debitor facere potest*). Esto tiene lugar cuando se trata del pago de la dote, en cuyo caso se deduce lo que debe retenerse por el ascendiente que la constituyó. Lo mismo acaece en toda accion que se intenta contra un ascendiente ó un patrono, contra un socio, contra el donante

(1) *Civilistisches Magazin.* Tom. 3, p. 25o, 254.

ó contra el que ya ha hecho cesion de bienes (*bonis cesit*). Tambien es posible en este último caso oponer la compensacion (§. 322).

§. 325. *Accion contra el que tenia el deudor bajo su poder* (1).

Las acciones pretorias pueden intentarse contra el que tiene al deudor principal en su poder, bajo su *manus* ó en su *mancipium*. Pueden tambien entonces entablarse por el todo (*in solidum*) si el individuo sometido al poder de otro ha contratado, ya por órden de este último, ya porque este mismo le haya nombrado capitan (*magister*) de un barco que le pertenezca, en cuyo caso el dueño se llama *exercitor*, ya en fin, por haberle confiado la direccion de un comercio, con la cualidad de *institor*. Es sin embargo digno de observarse que estas dos últimas acciones (la *exercitoria* y la *institoria*) pueden tambien intentarse en otras circunstancias. En cuanto á la accion *tributoria* (*tributoria* y no *distributoria*) se refiere á un negocio hecho con cosas que forman parte del peculio, y se aplica al caso en que el que tiene al deudor bajo su poder no ha hecho una distribucion justa del valor de este peculio. La accion *de peculio* ó *in rem verso* es bajo ciertos aspectos mas ventajosa para el demandante, pero bajo de otros presenta respecto de él grandes inconvenientes.

§. 326. *Populares actiones, utiles actiones et contrariæ.*

Ademas de las distinciones admitidas entre las acciones,

(1) Gaji. Inst. p. 213 lín. 16.--Inst. 4, 7. *Quod cum eo contractum est, qui en alienæ potestate est* 48. *De noxalibus actionibus.* Dig. 14. 1. *De exercitoria actione.*

de que acabamos de hablar, existen algunas de que no tratan separadamente los jurisconsultos.

En efecto, hay muchas acciones que cada uno puede intentar indistintamente y son las que se llaman *populares*.

Sabemos positivamente (1) que entre una accion *directa* (*directa actio*) y una *útil* (*utilis actio*) que sin duda estaba tambien permitida (2) existia una diferencia que se manifestaba desde esta época por el modo de proceder en justicia; pero aun cuando no tuviéramos esta certidumbre no podríamos dejar de conocer esto al ver el cuidado que ponen los jurisconsultos y las constituciones de los emperadores cuando hablan de estas acciones, en señalar escrupulosamente cual de estas dos especies es aquella en que tienen puestas sus miras. Imposible nos es decidir si una accion precedida de la palabra *quasi* era diferente de una accion útil (Vide arriba §. 320).

En cuanto á las acciones personales, ademas de las directas (*directæ*) hallamos tambien otras *contrarias* (*contrariæ*) que acaso al principio no serian sino simples convenciones.

§. 327. *Prosecucion de una accion por otra persona que no es el demandante* (3).

Antiguamente no se podia segun la ley Hostilia ni intentar, ni dejar intentar una accion por medio de otro, sino en al-

(1) Por el fr. 4 . 7 , §. 1, D. 3. 5.

(2) El nombre de *utilis actio* se deriva probablemente del verbo. *uti*. Sin embargo puede admitirse que provenga del adverbio *uti* como *talis* proviene de *ita* porque en el plebiscito hallado en Heraclea (lín. 44) leemos; *Judicem judiciumve ita dato* utei *de pecunia credita..... judiciumque dari oportebit.*

(3) Gaj. Inst. p. 220.-Paul. 1. 2.-Inst. 4. 10.-Dig. 3. de *procuratoribus.*

gunos casos especiales Pero en la época de que hablamos hallamos ya ciertos individuos, tales como los *cognitores*, los *procuratores*, y aun los tutores y curadores que pueden desempeñar este oficio. El *cognitor*, de quien nada se ha hablado en las Instituciones de Justiniano, era elegido por una de las partes por medio de ciertas fórmulas y acaso tambien era necesario que la parte contraria estuviese presente á esta eleccion. Lo que por lo menos aparece cierto es que ni una ni otra de estas dos condiciones son necesarias para nombrar un *procurator*, bastando solo para dar la cualidad de tal á otro que se le haya encargado simplemente seguir la accion, y aun esta condicion no era siempre necesaria. Otra diferencia ademas de la expresada se nos ofrece cuando se trata de una caucion (*satisdatio*), porque entonces en la fórmula la intencion se refiere al deudor principal, que era en un principio parte y *la condenacion* al que se colocó en su lugar, es decir, al fiador. El descaro de Caia Afrania (1) fue el que determinó á los romanos á prohibir que una muger romana pudiese perseguir una causa por otra.

§. 328. *De las seguridades que se exigian en los juicios* (2).

En la accion real (*ni rem actio*) se debia prestar una seguridad. Esto se hacia ó por una fórmula (*per fórmulam petitoriam*) y entonces se llamaba *cautio judicatum solvi*, ó por medio de una promesa (*per sponsionem*) y entonces se llamaba *cautio pro prœde litis et vindiciarum*. El valor de la promesa (*sponsio*) se exigia ante los centunviros por una *le-*

---

(1) Fr. 1. §. D. 3. 1.

(2) Gaji. Inst. Pág, 221. lín. 18.--Inst. 4. 11. *de satisdationibus.*

gis actio. Si la accion real se intentaba por la parte misma en nombre propio (*suo nomine*) ó por medio de un *cognitor*) no estaba uno obligado á prestar caucion, al paso que en el caso contrario se exigia no solamente una del *procurator* llamada la caucion *ratam rem haberi*, sino tambien casi siempre del tutor ó curador. Cuando se trata de una accion personal (*in personam actio*) el que intenta la demanda en su nombre ó contesta á ella en el de otro (*alieno nomine*) está obligado á afianzar. Hay tambien otros casos en los cuales el pretor exige caucion, ya por razon de la persona del demandado, cuando este por ejemplo es insolvente, ya en razon de la naturaleza misma de la demanda, como cuando se trata de la accion *judicati*, ó bien de la accion *depensi*, ó bien en fin de la de *moribus mulieris*.

§. 329. *Duracion de las acciones intentadas* (1).

Desde el momento en que se intenta una accion hay, en cuanto á su duracion una diferencia fundamental establecida entre las acciones que se derivan de la ley misma (*legitimo jure consistunt*) y las que dimanan de la autoridad de un magistrado (*imperio continentur* ó quizá *continent*). Las primeras no tenian lugar sino en Roma entre ciudadanos romanos y ante un solo juez, que se hallaba desde el principio indicado y determinado por la ley misma: solamente en lo sucesivo fue cuando se limitó un tiempo determinado para esta clase de acciones. A la segunda clase pertenecen la accion *recuperatoria*, en la cual la parte puede ó elegir uno entre muchos jueces, ó que se intente ante un solo

---

(1) Gaji. Inst. Pág. 224 lín. 10 pág. 225, lín. 12.

juez determinado desde el principio; esta accion no tiene lugar sino entre un ciudadano y un extrangero, ó bien fuera de Roma. Estas acciones no duran mas que la autoridad (*imperium*) del que las ordena. Una accion no se extingue jamas por sí misma (*ipso jure*) aun cuando se haya pronunciado contra ella la sentencia: es necesario para que se verifique esta extincion oponer una excepcion al que quiere volver á intentarla (*rei judicatæ vel in judicium deductæ exceptio*); esto sin embargo no es siempre necesario en el caso en que la demanda es legítima (*legitimum judicium*). Ni debe creerse ademas que toda demanda (*judicium*) sea legítima (*legitimum*) solamente porque emane de una ley (*ex lege est*) y viceversa.

§. 330. *Cuanto tiempo puede durar una accion* (1).

Toda accion fundada en una ley (*lex*) ó en un senado-consulto (*senatus-consultum* no prescribe por ningun lapso de tiempo, mientras que las acciones que se derivan de la jurisdiccion del pretor no duran ordinariamente mas que un año. Esta última regla tiene no obstante ciertas excepciones, por ejemplo, en favor de la accion del hurto manifiesto (*manifesti furti actio*). Si indagamos el motivo por el cual estas nuevas acciones introducidas por el pretor no duraban en general mas que un año, no podemos pensar razonablemente que aquel consistiese en que la autoridad misma de este magistrado no tenia mayor duracion, porque si esta hubiera sido la verdadera causa una accion que naciera en los últimos meses de una pretura no hubiera po-

(1) Gaj. Inst. p. 225.--Inst. 4, 12. *De perpetuis et temporalibus actionitus*

dido proseguirse sino hasta el momento en que se hubiera instalado el nuevo pretor. Mas verosimil es que los romanos creyesen natural conceder tanto mas facilmente el derecho de intentar una accion que antes no existia, cuanto fuese mas reciente el hecho á que se referia. Debemos tambien fijar la atencion para la solucion de esta cuestion en el caracter particular que presentaban ciertas acciones, aunque no hayamos hecho mencion aqui de semejante caracter, que consistia en que las acciones pretorias no traian consigo la restitucion del duplo sino durante el primer año (*intra annum in duplum, post amnum in simplum.*)

Todas las acciones no pueden intentarse indistintamente por los herederos del demandante ó contra los herederos del demandado. Asi las acciones penales que se derivan de un delito no se ejercen contra los herederos del culpable, excepto la que tiene por objeto la reparacion de una injuria (*injuriarum actio*). La accion nacida de un contrato tampoco se transmite siempre: por esta razon no pasa al heredero del *adstipulator*.

Gajo (1) y las Instituciones (2) hablan en este lugar de una regla que se observaba todavia sin contradiccion en toda la extension del imperio romano, la cual establecia que todas las demandas judiciarias son absolutorias (*omnia judicia absolutoria esse*) es decir, que el demandado debe ser absuelto de la accion intentada contra él, cuando satisface al demandante durante el curso mismo de la instancia.

(1) Pag. 226, lín. 19: p. 227, lín. 22.
(2) §. 2. 4.

§. 331. *Excepciones* (1).

Las excepciones (*exceptiones*) suponen una accion justa en si misma (*justa actio*, *efficax actio*); pero que sin embargo está en contradicion con el derecho natural (*sed iniqua*): ó se hallaban establecidas de una vez para siempre en el edicto, ó bien á ejemplo de otra porcion de cosas igualmente prometidas en este edicto, el pretor no las admitia sino despues de haber tomado conocimiento del negocio (*causa cognita*). En ambos casos nacian ó de una ley ó de otra fuente igual en valor á las leyes, ó bien en fin del derecho pretoriano. Se dividian en dilatorias (*dilatoriæ*, *temporales*) y perentorias (*perentoriæ*, *perpetuæ*). Entre estas últimas se hallan tambien la *excepcion litis dividuæ* (§. 292) y la *rei residuæ*, las cuales se oponen al que por ante el mismo pretor pide contra la misma persona el exceso de la cosa demandada, ó una cosa en un todo diferente de la demandada. Aquel á quien se opone una excepcion dilatoria está obligado á suspender su accion: si no lo hace, entonces se dice que la excepcion dilatoria se ha cambiado en perentoria (*dilatoria oposita*, *et probata perentoriam parit*). Tambien puede derivarse una excepcion dilatoria de la persona misma, cual sucede, por ejemplo, con la llamada *exceptio cognitoria*, la cual se opone cuando la parte que presenta un *cognitor* es incapaz para verificarlo; ó bien cuando el que ha sido nombrado tal no puede serlo: ambas incapacidades tienen lugar por causa de infamia. Cuando una parte ha descuidado hacer uso de una excepcion perentoria se le

(1) Gaj. Instit. Pág. 227.-Instit. 4. 13. de *exceptionibus*. Dig. 44. 1. de *exceptionibus*, *præscriptoribus et prœjudiciis*.

devuelve la facultad de hacerlo por medio de la *in integrum restitutio*; pero esta devolucion está sugeta á una controversia cuando se trata de una excepcion dilatoria. Muchas veces una excepcion sirve para destruir otra; entonces viene á convertirse en réplica (*replicatio*); tambien hay dúplicas (*duplicationes*) tríplicas (*triplicationes*). Otras contestaciones se dan ademas de estas; pero sus nombres no guardan, como los que hemos expresado, una relacion exacta con el número de esplicaciones dadas por la otra parte.

Nada se habla de la Instituta del *prejuicio* (*prejudicium*), es decir, de la objeccion que se funda en que si se admitiese una accion traería consigo la decision de otra cuestion mucho mas importante.

§. 332. *Præscriptiones*.

La prescripcion (*præscriptio*) en el sentido que Gajo da á esta palabra, sentido que no tiene en las obras de ningun otro jurisconsulto, y que no solo es muy diferente del en que se usa en el *corpus juris*, sino tambien del que los modernos la atribuyen, es la declaracion prévia (*præfatio*) que hace el demandante de que no reclamará la totalidad, sino solamente el plazo que ya haya vencido. Servíase entonces de las palabras *ea res agetur*. Esta cláusula sobre todo era indispensable en la accion llamada *incerti*, segun que se dirigia contra el deudor mismo, ó bien contra su *sponsor* ó su *fidejussor*. Igualmente se hacia uso de esta distincion entre las excepciones, cuando se aplicaban estas lo mismo al *sponsor* y al *fidejussor*; lo que no se verificaba siempre (1).

(1) A este caso y no solamente á las réplicas (*replicationes*) debemos referir el §. 4. Inst. 4, 14.

§. 333. *Penas contra los litigantes temerarios* (1).

En los procesos hay obligacion algunas veces de dar una caucion (*sponsio*), la cual puede ascender al tercio cuando se reclama una suma determinada (*pecunia certa*) ó á la mitad cuando se demanda por una suma que uno se ha sometido á pagar (*constituta pecunia*). Tambien se echa mano de un juramento que se exige á las partes (*calumniæ causa*). Respecto del demandante se tomaban una porcion de precauciones, designadas bajo diferentes nombres de *calumniæ judicium*, *contrarium judicium*, *jusjurandum*, *restipulatio*; las cuales eran otros tantos motivos que debian impedirle que emprendiese temerariamente un proceso. El *calumniæ judicium* es aplicable á todos los negocios de cualquier clase que sean; algunas veces trae consigo la pena del décimo, otras veces la del cuarto. El *contrarium judicium* no se invoca sino en ciertas circunstancias; la pena entonces es del décimo cuando se trata de la *actio injuriarum*, tambien la hemos visto en dos ocasiones consistir en el quinto en un caso, cuando se trata de una muger que dice falsamente hallarse en cinta para hacer que se la ponga en posesion de los bienes de su marido (*quæ ventris nomine in possessione missa est*). El *jusjurandum calumniæ* pone á cubierto de estas dos penas. En cuanto á la *restipulatio* no tiene lugar sino en un cortísimo número de casos.

Tambien hay ciertas acciones que llevan consigo la infamia (vide §. 305).

(1) Gaj. Instit. p. 248. lín. 11.-Inst, 4. 16. *De pœna temere litigantium.*

§. 334. *Juicios extraordinarios.*

Muchas veces sucedia que el pretor en vez de remitir el negocio á los jueces para que le decidiesen, le retenia en su tribunal conociendo el mismo magistrado del fondo de la cuestion y pronunciando la sentencia que le parecia. Este procedimiento excepcional se designa en los autores con las expresiones *cognitio*, *cognitio extraordinaria*, *actiones extraordinariæ*, *judicia extraordinaria*: la demanda ó peticion del actor se llamaba en este caso *persecutio* y la sentencia del magistrado *decretum*. La tramitacion de este procedimiento era esencialmente diferente de la del juicio ordinario. Habia, como en este, *vocatio in jus*; pero no edicion de la accion, ni fórmula, ni por consiguiente verdadera *litis contestatio*. El pretor hacia que se debatiese el negocio ante él y despues de haber oido á ambas partes y haberse enterado bien de sus opuestas pretensiones, pronunciaba su sentencia que despues hacia ejecutar por medio de la *pignoris capio*.

Los negocios de que el pretor conocia del modo referido eran no solo todos los de jurisdiccion voluntaria, sino tambien algunos de la contenciosa, v. gr. los fideicomisos, las restituciones *in integrum*, los interdictos, la *missio in possessionem*, las causas de estado ó prejudiciales, las estipulaciones pretorias y otras que como estas carecian de accion propia.

§. 335. *Interdictos.* (1)

Los interdictos (*interdicta*) ofrecen en la época que ex-

(1) Gaji Inst. pág. 235 lín. 19, pág. 246.--Paul. 5, 6, *de interdictis.*--Inst. 4 15.--Dig. 43, 1, 33.

plicamos un nuevo medio de derecho, que no se conoció durante el primer período, y que probablemente no debió su origen, como erróneamente se cree, á la administracion de las tierras públicas (*ager publicus*). La mayor parte llevan todavia el nombre de decretos (*decreta*) (1). Eran estos interdictos órdenes dadas por la autoridad (2) de no hacer una cosa (*prohibitoria*), ó de devolverla (*restitutoria*) ó de producirla (*exhibitoria*). Los interdictos dieron en lo sucesivo ocasion para pleitear, bien ante un juez (*judex*) ó ante una clase de árbitros llamados *recuperatores*, y esto sucedia de dos maneras, á saber, suministrando una caucion (*sponsio*) á la cual acompañaba una pena (*pœna*), ó intentando la accion llamada *arbitraria actio* sin caucion ni pena. El objeto de este litigio era saber si aquel, contra quien se habia pronunciado el interdicto le habia quebrantado (*an commisum sit*, acaso in, *interdictum*). Un interdicto prohibitorio (*prohibitorium*) hallamos que forma necesariamente parte de la primera de las dos categorías que acabamos de establecer, de suerte que realmente constituye un juicio penal. En cuanto al interdicto restitutorio (*restiturorium* y al exhibitorio (*exhibitorium*) pueden hallarse igualmente en uno y en otro caso. Los interdictos considerados de un modo general se aplican ya á las cosas, y entonces corresponden á lo que hoy llamamos policía, tal es el interdicto *nequid in loco*, ó *in flumine publico fiat*; ya tambien á la conservacion de un derecho (*jus tuendum*), ó de

(1) §. 1. Inst. 4, 15. *De interdictis*: en donde se dice que *interdicere* es solo *prohibere*.

(2) La autoridad *interdicit* lo mismo que *jus dicit*, *edicit*, *addicit*, *vindicias dicit* (Liv. 3, 58) sin embargo, tambien se decia hablando entre las partes: *interdico teeum*.

un bien de una familia (*res familiaris*); en este último caso su tendencia principal, aun cuando no fuera la sola y única, era rectificar la posesion (*possessio*) y la cuasi posesion (*cuasi possessio*), expresiones que hallamos empleadas en Gajo, á pesar de que su uso se crea introducido por el latin de los modernos. Hánseles dado, pues, los nombres de *adipiscendæ* (acaso se dijera tambien *apiscendæ*) ó *retinendæ* ó *recuperandæ possessionis* (palabras cuya inversion estaba admitida). Entre los interdictos cuyo objeto es que alguno adquiera la posesion de una cosa (*adipiscendæ possessionis*) se hallan: 1.° el interdicto *Quorum bonorum* en favor del poseedor de los bienes (*bonorum possessor*); algunos autores la designan bajo el nombre de *possessorium*, palabra á que los modernos atribuyen una idea enteramente diversa, para el adquirente de los bienes (*bonorum emptor*); 2.° el interdicto *sectorium* dado en favor del *sector* que compra un bien del pueblo: y 3.° el *salvianum* que se concedia en los remates de un inmueble; los *quod legatorum* y de *glande legenda* son puros interdictos que no nacen de una posesion ya existente, asi como tampoco los siguientes; *de tabulis exhibendis*, *ne vis fiat ei qui en possessionem missus est*, *de aqua quotidiana*, *de rivis*, *de fonte*, *de cloacis*, *quod vi aut clam*, *de arboribus cædendis*, *de homine libero exhibendo*, *de liberis exhibendis et de migrando*. Los interdictos cuyo objeto es el conservar á alguno en la posesion en que se halla (*retinendæ possessionis*) son: 1.° el interdicto *uti possidetis*: 2.° el interdicto *utrubi*; el primero relativo á los bienes inmuebles debia ir precedido y sostenido por una posesion válida (*nec vi*, *nec clam*, *nec precario*) en contra de aquella en que se hallaba el demandado al tiempo del interdicto; el otro aplicable á las cosas muebles debia ir precedido tambien de la posesion, pero en este caso era necesario que es-

ta fuese mas larga que la precedente; es decir, que hubiera tenido lugar durante la mayor parte del año anterior, pudiéndose comprender en este en virtud de la *accessio possessionis* y tambien de la *accessio temporis* el tiempo que el antecesor la habia poseido. Gajo al tratar de los interdictos examina la doctrina de la posesion que no se hallaba fijada en el edicto; pero nada dice del interdicto de *superficiebus*. En cuanto á los interdictos que tienen por objeto reintegrar á alguno en la posesion que ha perdido (*recuperandæ possessionis*) son poco numerosos; en efecto, no se cuentan de ellos mas que uno solo; el interdicto *unde vi* facilmente se concibe que estos no son por tanto aplicables sino á las cosas muebles, y que principalmente se aplicaban en el caso en que habia habido violencia á mano armada (*vis armata*). Esta última clase comprende tambien los interdictos de *clandestina possessione et de precario*: este último se refiere á la fiducia (§. 275).

En fin, los interdictos se dividen tambien en simples (*simplicia*) cuando una sola de las partes es demandante y la otra demandada, y en dobles (*duplicia*) cuando ambas partes son á la vez demandantes y demandadas.

Las consecuencias de estos diversos interdictos (*ordo et exitus interdictorum*) son diferentes, en el caso del interdicto simple, segun que se procede con riesgo ó sin él (*sine periculo ó cum periculo*). En cuanto al interdicto doble siempre se procede sin riesgo (*sine periculo*). Tambien podemos colocar aqui el *secutorium judicium* y el *Cascellianum judicium*.

§. 336. *Accion relativa al mantenimiento del estado presente respecto de un derecho diferente del de la posesion* (1).

Una accion supone, respecto del que pide el mantenimiento del estado presente de una cosa, la necesidad de denunciar su oposicion al adversario que quiere destruir este estado; esto es lo que se llama *operis novi nunciatio*, *denunciatio*, (palabras cuya inversion no estaba admitida); y esta oposicion subsiste hasta que esta parte levante su embargo ó impedimento (*remissio*), respecto de aquel contra quien se dirige, supone que tenia alguna facultad en ella en el momento de causar al demandante un daño qualquiera en la misma, daño que se llama *damnum infectum* (en Theófilo se lee *imperfectum*) (2). La ley para la Galia Cisalpina habla de estas dos condiciones relativamente á las autoridades municipales, las cuales tienen la facultad, si se hallan en el caso del demandante, de consentir el desembargo (*remissio*) y si son demandadas exigir seguridades del demandante (*repromittere*) ó bien de suponerlas dadas, para economizar tiempo, atendida la celeridad que requieren los negocios.

§. 337. *In possessionem mitti* (3).

Grande era la importancia que se daba á los decretos

---

(1) Dig. 39. 1. *De operis novi renunciatione*. 2. *De damno infecto*. 43, 25, (24). *De remissionibus*.

(2) Vide el *Civilistisches Magazin*, tomo 2.º pág. 439.

(3) 36, 4. *Ut in possessione legatorum, servandorum causa esse liceat*. 37, 9. *De ventre in possessionem mittendo*. 10 *De carboniano edicto*.

que concedian á un individuo cierto poder sobre una cosa cualquiera (*in possessionem mittitur*). Esta toma de posesion tenia lugar en una porcion de casos; asi, 1.º ó no se concedia este poder mas que sobre una sola cosa, por ejemplo, en el caso de *damnum infectum* y en virtud de un primero ó segundo decreto (*decretum*), ó bien comprendia toda la fortuna de un individuo, v. g. de un ausente que no habia dejado poder para defenderla (*defensor*): 2.º en virtud de un juicio (*pignus quod in causà judicati capitur* y no *judiciale*): podia ir acompañada de fuerza corporal (*duci jubere*), y en este caso se determinaba de tal modo que lo que se concedia era la toma de posesion de la persona y no de los bienes del deudor: 3.º en fin, esta toma de posesion se aplicaba ó á la fortuna de un deudor insolvente, considerado por lo mismo como infame, ó en caso de legados, á la del testador, ó en fin, á la de un individuo que moria dejando un heredero vivo ó que aun no habia nacido, cuyos derechos sucesivos y estado (*status*) se controvertian á la vez. Esta toma de posesion (*mitti in possessionem bonorum*) que se declaraba al tratar de un hijo que no habia nacido aun, en virtud del edicto Carboniano, es la que ha producido tanta confusion en las ideas de los modernos sobre la *bonorum possessio*, considerada como una institucion del derecho pretoriano (§. 296).

§. 338. *In integrum restitutio* (1).

Un magistrado puede oponer una excepcion á las reglas generales del derecho; puede hasta anular su propia decision: esto es lo que se llama *in integrum restituere*. Estas palabras, cuya inversion no se halla admitida, se dicen tanto de un hombre como de una cosa; la excepcion algunas veces se llama tambien simplemente *integri restitutio*. Esta excepcion puede aplicarse ya á casos particulares enumerados con cuidado, entre cuyo número se ve figurar la *mínima capitis diminucion*, ya generalmente por un motivo de equidad que se halle: *si qua alia justa* (1) *causa esse videtur*.

(1) Dig. 4, 1. *De in integrum restitutionibus.*

PROCEDIMIENTO CRIMINAL.

§. 339. *De los delitos y penas.* (2).

En lo relativo á los delitos la jurisprudencia romana habia tomado un nuevo aspecto. En Roma, en este período habia para admitir y juzgar todas las quejas de cierta naturaleza que se suscitaban en el curso del año un tribunal permanente (*quæstiones perpetuæ*) presidido por uno de los pretores y particularmente por uno de los cuatro que no tenian jurisdiccion especial que ejercer. Toda persecucion regular de un crimen (*publicum judicium*) necesitaba una decision general del pueblo; en esta decision se referian los nombres de su acusador y de su asistente (*subscriptor*), el del acusado, los de los jurados (*judices*), cuya clase y número se designaba, la cualidad de los testigos, la facultad de aplicar los esclavos al tormento (*quæstio de servis habenda*), el derecho de exigir documentos, por ejemplo, la falta de *tabulæ publicæ*, en una palabra, esta decision inser-

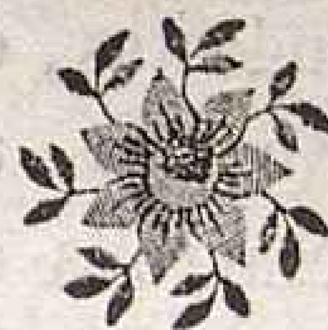
(1) Fr. 1. §. 1. D. 4. 6. *Justa* es aqui sinónimo de *æqua*
(2) Instit. 4, 18. *De publiciis judiciis.*--*Dig.* 47 y 48.

taba todo el procedimiento entero; pero habia gran cuidado en añadir en ella que no era aplicable sino á la especie de crimen de que especialmente se trataba. Resulta de aqui que no habia procedimiento criminal general; pero que sí habia un número prodigioso de procedimientos particulares, porque en toda nueva ley que se daba acerca de delitos, el punto capital en que la apoyaban era el modo de proceder, y ordinariamente se daba poca importancia á la naturaleza de la pena que debia aplicarse. Ciertamente esta clase de procedimiento no se aplicaba jamas cuando un ciudadano romano se veia emplazado ante el gobernador de una provincia, á menos que este ciudadano no se hubiese hecho reo de sedicion ó de otros semejantes delitos militares. La sedicion se castigaba muchas veces diezmando los sediciosos (1). Tambien es creible que se procediese de un modo mucho mas pronto contra los criminales cogidos *in fraganti*. (2.). En las municipalidades hallamos igualmente establecidos ciertos procedimientos contra los delitos (3). El pueblo, el senado y los censores tenian el derecho de corregir la excesiva indulgencia de la ley y por consiguiente de agravar las penas impuestas á los culpables. No se sabia á quien se habia de cometer el conocimiento de los delitos en que incurrian los gobernadores de las provincias por abuso de poder, *pecuniæ repetundæ*, porque tan imprudente parecia dejar su conocimiento á los senadores, los cuales habian ya desempeñado los cargos de gobernadores, ó al menos aspiraban á este empleo, como encomendársele á aquellos ciudadanos romanos que aun cuando no fuesen senadores, podian ser sin embargo arrendadores de las rentas públicas.

(1) App. B. civil. 3, 56.
(2) App. B. civil. 2, 6.
(3) Civilistisches. Magazin tom. III, pág. 378.

§. 340. *Acciones para reparar el daño causado por un animal.*

Ademas de la accion noxal para la reparacion de un daño (*pauperies*) que la ley de las doce tablas habia introducido, hallamos en esta época establecida ya otra por el edicto de los ediles y dirijida contra el que ha dejado vagar por un lugar destinado al paso ordinario del público animales de una especie dañosa. El importe de la pena se dejaba á la prudencia del juez, cuando el accidente le habia ocurrido á un hombre libre; en los demas casos el contraventor debia pagar el duplo del daño. Esta accion, sin embargo, no destruyó la de *pauperies* que existia antes.



TERCER PERIODO.

DESDE CICERON HASTA ALEJANDRO SEVERO

(650 *á* 1000; *ó* 100 *antes de J. C. hasta* 250 *despues*)

CAPITULO PRIMERO.

§. 341. *Derecho de las Pandectas.*

El derecho romano, tal como estaba en vigor al fin de este período, se halla con mucha frecuencia citado bajo el nombre de Derecho de las Pandectas, en oposicion con el derecho del Código y de las Novelas, aunque sin embargo, su conjunto tal como se desarrolla en las escuelas públicas, merece mas frecuentemente este último nombre. El derecho de las Pandectas, propiamente dicho, exigia quizá formar el objeto de una cátedra exclusivamente destinada á él, ó al menos ser tratado por su importancia en una obra especial (1). Por lo mismo no hemos podido prescindir de concederle un lugar aqui, sin embargo que su exposicion pertenezca mas bien á la historia de los detalles, de la cual no ha sido nuestro ánimo ocuparnos.

(1) Asi se ha ensayado en una obra imperfecta bajo todos aspectos titulada: *Lehrbuch imd Chrestomathie des classischem Pandectenrechets, zu exegetischen Vorlesungen.*

CAPITULO II.

DERECHO PUBLICO.

§. 342. *Pueblo y Senado.*

El nombre de pueblo (*populus*) se halla empleado todavia algunas veces, ora cuando se trata de las diversas fuentes del derecho en general, ora cuando se habla del derecho consuetudinario en particular, ora en fin, cuando se cuestiona acerca de las rentas públicas. Pero este pueblo no se reunia ya en masa: solo por medio de algunos individuos que le representaban se hacia el simulacro de su asistencia en las arrogaciones, y quizá tambien cuando se trataba de ciertos negocios relativos al culto. El papel importante que desempeñaba en lo antiguo en el Estado, se trasladó en esta época al senado en tiempo de paz, y algunas veces al ejército en caso de guerra civil.

Los miembros del senado lo eran por nombramiento del emperador, quien para la eleccion atendia principalmente á la fortuna del agraciado. Cada senador (*vir clarissimus*) gozaba de ciertas prerogativas que se le concedian á él y á su muger, pero en compensacion de ellas estaba privado de muchas ventajas de que gozaban los simples ciudadanos; asi es, que no tenia por ejemplo, tanta libertad respecto del matrimonio. Las prerogativas principales del senado consistian en nombrar emperador, cuando habia muerto el que lo era: en declarar á este mismo digno de la apoteosis, ó en anular todos los actos que habia hecho durante su reinado. La legislacion descansaba toda entera sobre los senado consultos. Los senadores ocupaban tambien las antiguas magistraturas y cuando se trataba de castigar un crímen, el senado se formaba en tri-

bunal de justicia y sus fallos, constituyendo la última instancia, no eran apelables ni aun para ante el emperador.

§. 343. *El Emperador.*

El emperador ó los emperadores, pues algunas veces hubo muchos que reinaron á un mismo tiempo, eran nombrados por el senado y elegidos constantemente de entre los miembros de este cuerpo; pero esta eleccion no cra siempre libre: muchas veces en tiempo de paz influia en ella el principio de herencia del emperador muerto, y esta herencia se daba como la de los simples ciudadanos, ya en virtud de la adopcion, ya en virtud del testamento del emperador: en tiempos de turbulencias civiles influia en ella el ejército, quien decidia casi siempre ésta eleccion. El emperador estaba revestido del triple poder legislativo, ejecutivo y judicial, aun en materia criminal; unas veces ejercia solo este poder, otras dividia su ejercicio con el senado. Sabemos, á no dudarlo, que imitando bajo este respecto la conducta observada constantemente por las otras autoridades, se dejaba guiar por lo regular por el consejo de personas versadas en el conocimiento del derecho. Pero lo que no podemos afirmar es, si existia ya alguna institucion positiva sobre este punto; en una palabra, si se había consagrado el principio de que cada emperador debiese formar cerca de si dos consejos, como los hallamos establecidos en un gran número de reinos, y de los cuales el uno compuesto solo de un pequeño número de consejeros y llamado en lo sucesivo *Consistorium* estuviese destinado para dirigir la administracion del imperio, al paso que el otro apellidado *Auditorium* y en el cual se reunian los consejeros de Estado, los ministros y otros personages estuviese consagrado á los negocios jurídicos.

§. 344. *Magistratus.*

Los magistrados romanos en este período podian dividirse en dos clases. Los unos no diferian en nada de los que existian antiguamente; estos eran: 1.° Los *cónsules*; que sin embargo, eran ordinariamente reemplazados antes de concluir el año de su magistratura por los *suffecti*; administraban la justicia con mas asiduidad que en las épocas anteriores: 2.° diez y ocho *Pretores*: 3.° quizá tambien los *Ediles*: 4.° los *Qüestores*: uno de estos llevaba el título particular de *Candidatus principis*: 5.° los *Tribunos*: 6.° los veinte *Recuperatores*: 7.° en fin, los *Procónsules* encargados de gobernar las provincias senatoriales. Los otros magistrados eran de institucion moderna, tales como los *Prefectos del pretorio* (*Præfecti prætorio*); el *Prefecto de la ciudad* (*Præfectus urbi*); que tenia bajo sus órdenes al *Præfectus vigilum*, á los *Procuratores Cæsaris* y en fin, á los *Legati Augusti*, encargados de gobernar las provincias imperiales. El Egipto tenia un *Prefecto* que habia sido creado para esta importante provincia, bajo el reinado de Augusto por medio de un plebiscito especial.

Las autoridades municipales, llamadas simplemente *magistratus*, sin la adicion de las palabras *populi romani* no sufrieron cambio alguno que merezca notarse. Las plazas de decuriones y sobre todas la de gefe de su colegio eran muy deseadas. Tambien habia en las villas médicos y profesores pagados de los fondos del tesoro público, los cuales empero podian ser destituidos á voluntad de los que los habian nombrado, sin que estuviesen obligados á alegar motivo alguno.

II. INSTITUCIONES RELATIVAS PARTICULARMENTE AL ORDEN PUBLICO.

§. 345, *Jus sacrum.—Instruccion pública.*

Pocas noticias han llegado á nosotros sobre lo relativo al estado del culto en esta época: solo sabemos que el emperador era el gefe supremo (*Pontifex maximus*). Por lo demas, la instruccion pública estaba confiada en las ciudades á maestros particulares designados bajo los nombres de Gramáticos y Rhetores (que formaban dos clases de profesores que enseñaban las lenguas latina y griega) y los Sophistas. En el §. 71 hemos hablado ya de lo relativo á los profesores de derecho civil.

§. 346. *Cálculo del tiempo.*

En esta época se facilitó considerablemente el conocimiento del calendario; quitóse la intercalacion del mes que se añadia cada dos años y que hacia incomprensible á la multitud la numeracion de los años y meses, y se arregló el año al curso del sol. Dividiéronse los meses en tres partes por calendas, nonas é idus. El dia primero de cada mes se decia *calendas* (*à calendo vel vocando*), el dia 5 *nonas* llamadas asi porque se encontraban á los 9 dias de los idus, y el 13 *idus* del verbo inusitado *iduare*, partir, porque los *idus* partian el mes por mitad. En los meses de Marzo, Mayo, Julio y Octubre, las nonas caian en el dia 7 y los idus en el dia 13.

Introdújose tambien en esta época la division del tiempo por semanas. (1) Una cuestion se presenta en este período de no facil solucion á saber cual era el verdadero sentido del principio indicado por Celso (2) *posterior dies intercalatur non prior* y sobre todo cómo podia conciliarse este principio con las ideas generalmente recibidas.

§. 348. *Guerra.*

Las diversas instituciones de Augusto relativas á la guerra permanecieron en vigor durante todo el curso de este período. La mayor parte de los soldados servian voluntariamente, sin que por esto dejase de componerse el ejército de sujetos elejidos: los esclavos no podian tomar las armas bajo pena de muerte. Entre las prerogativas concedidas á los militares debemos contar el *Testamento militar*; pero les estaba prohibido adquirir bienes inmuebles en las comarcas en que servian. Los soldados que habian obtenido su licencia (*veterani*) estaban considerados como decuriones.

En cuanto á las relaciones con los pueblos estraños eran nulas, pues que los límites del imperio no eran otr s que los del mundo conocido, los cuales no habia limitado todavia ningun tratado de paz.

§. 348. *Ingresos y gastos públicos.*

Respecto de los ingresos y gastos públicos, se establecia una diferencia entre el tesoro imperial (*Fiscus*) y el tesoro público (*erarium populi*). Los gastos se componian prin-

(1) Dion. 37.--18.
(2) Fr. 98. D. 50. 16.

cipalmente del sueldo de los ejércitos y de los premios que se distribuian á los soldados. Para hacer frente á estos gastos existian en las provincias imperiales impuestos, que gravitaban sobre la fortuna de los particulares (*tributum*), segun las bases (*professio*) nuevamente introducidas. En cuanto á los ciudadanos romanos propiamente dichos no estaban obligados á pagar mas que los impuestos que recaian sobre las sucesiones y los legados: estos impuestos eran la fuente principal de las rentas públicas. El comercio estaba sometido en todo el imperio á los derechos de portazgo, establecidos principalmente sobre las mercaderías importadas de las Indias, y las cuales los comerciantes trataban muchas veces de sustraer á este pago por medio del contrabando (*commissis*). Esta percepcion de los impuestos se arrendaba.

§. 349. *Policía*

La policía vigilaba por el aumento de la poblacion. Tambien se ocupaba con este objeto de asegurar el alimento á los hijos nacidos de un padre libre (*alimenta ingenuorum*). Vigilaba tambien la importacion de los granos, los juegos, los caminos y los monumentos públicos. Hacía detener á los esclavos que se habian escapado de la casa de sus señores, por medio de agentes especiales llamados *Fugitivarii*. La poblacion y la prosperidad pública habian disminuido de un modo sensible en Italia, porque los ciudadanos opulentos venian todos á establecerse en el seno de la inmensa capital del imperio. Sin embargo, no es probable que la *ley Julia de civitate sociorum* contribuyese de una manera notable á producir esta emigracion.

CAPITULO III.

DERECHO CIVIL.

§. 350. *Fuentes.*

Necesario es observar que Gajo nada habla de la doctrina de *justitia et jure*; tampoco hace mencion alguna de aquella distincion tan usada en la filosofía griega y que entonces se establecia entre el *derecho natural* (*jus naturale* y no *jus naturæ*) que se definia *quod natura omnia animalia docuit* y el *derecho de gentes* (*jus gentium*) que se decia ser aquel *quod naturalis ratio apud omnes homines constituit*, ó bien como otras veces se referia *quod apud omnes populos qui legibus et moribus reguntur peræque constituit*. Esta distincion, sin embargo, no impedia que se reuniesen y tomasen frecuentemente estos dos derechos de una manera colectiva, para designarlos asi bajo el nombre de *Æquitas*, en oposicion con el derecho civil (*jus civile*).

Los jurisconsultos, bajo este tercer período, continuaron hablando de las fuentes del derecho positivo del mismo modo que lo hicieran en el anterior. Ninguno de ellos empleaba todavia la palabra *leges* para reemplazar á la voz *jus* en general. A la autoridad de las fuentes ya conocidas se añade la de las constituciones imperiales; entre estas últimas, sin embargo, las llamadas *personales* (*personnales*) no estaban destinadas á establecer una nueva doctrina general de derecho, sino solamente á servir á lo mas de comentario ó apéndice á una doctrina establecida ya.

PRIMERA SECCION.

DE LAS PERSONAS.

§. 351. A. *Diferencia entre las personas libres y las esclavas.*

La diferencia entre los esclavos y las personas libres no estaba en esta época establecida de una manera tan marcada como antiguamente, porque tanto sobre las unas como sobre las otras se elevaba una autoridad superior, la del emperador, y que los hombres libres no tenian ya ninguna participacion en el poder legislativo. Entre los esclavos habia algunos que se hallaban exentos de la obligacion de servir (*servire*) (1). El senado-consulto Claudiano estableció dos causas nuevas que produjesen la servidumbre; una era la ingratitud de un liberto para con su patrono; la otra la venta voluntaria que un hombre libre mayor de 20 años hacia de sí mismo con el objeto de defraudar al comprador (*prætis participandi causa et ad actum gerendum* (Hist. est., pág. 155); segun el senado-consulto Claudiano tambien caia en esclavitud la muger que tenia amores con un siervo. Bajo de un aspecto era mas dificil salir de la servidumbre (§. 352); bajo de otro se habia hecho mas facil en cuanto que no se exigian siempre las formalidades de la manumision. El modo de manumitir por el censo habia caido en desuso (2).

(1) El fragmento conservado por Dositheus (§. 14) solo cita de esta clase á aquellos que habian sido manumitidos por individuos que no eran ciudadanos romanos.

(2) Ulp. 1. 8. distingue con claridad el derecho vigente y el abolido. Gajus no hace mencion de dicha distincion, y cuando habla del censo lo hace como de una institucion susceptible de ser restablecida como lo era un Plebiscito.

Entre los modos de manumitir que Theófilo llama *puramente naturales* debemos ya enumerar el llamado *per epistolam*. La antigua distincion establecida por el derecho civil entre los hombres que nacen libres y los manumitidos se restableció en este tiempo. Esta distincion hace un papel muy importante en muchas circunstancias, por ejemplo, respecto del matrimonio y del *jus liberorum*. Podíase para castigar á un individuo hacerle descender al rango de los simples manumitidos, ó para recompensarle elevarle al de los ingenuos (*jus aureorum annulorum*), pero en ningun caso el manumitido podia adquirir la cualidad y los derechos concedidos al ingenuo. Tampoco le era posible conseguirlos, aun cuando se valiese para ello de un pleito simulado (*S. C. Junianum*), ni por medio de un acto susceptible de producir este efecto de un modo indirecto, cual seria entre otros la adopcion.

§. 352. *Derechos de los manumitidos.*

Considerada la manumision bajo el punto de vista político, segun los autores refieren, fue uno de los elementos que mas contribuyeron á disolver la antigua sociedad romana. El número de esclavos en esta época era crecidísimo; habia muchos señores que los contaban por miles; de aquí el ser mucho mas frecuente la manumision y el entrar todos los dias en la categoria de hombres libres muchos sugetos de malas costumbres y propensos á trastornar continuamente el órden público. Envilecida Roma con esta turba de gente vagamunda, compuesta de individuos de diferentes naciones, sin patriotismo, sin tradiciones y sin moralidad, no presentaba de su grandeza y costumbres mas que recuerdos grandes, porque siempre lo serán los del pueblo romano. Au-

gusto conoció la situacion del pais y con el fin de evitar los males que le amenazaban dió las leyes Fusia Caninia, Elia Sentia y Junia Norbana, coartando extraordinariamente la facultad de manumitir. Por la 1.ª prohibió que pudieran manumitirse por testamento mas que el número de siervos que designaba, que era el siguiente; de 1 hasta 10, la mitad, de 11 á 30, la tercera parte, de 31 hasta 100, la cuarta, y de 101 hasta 500, la quinta, y aun cuando tuviese el testador 20,000 esclavos no podia manumitir mas que 100. Si manumitia mas de los que la ley designaba no eran libres sino los primeramente nombrados, y si se escribian los nombres en forma circular para ocultar quienes eran los primeros, entonces no era libre ninguno. La 2.ª no solo prohibió manumitir en fraude de los acreedores, sino que hizo casi imposible la manumision del siervo que fuera menor de 30 años; dispuso que de dos siervos instituidos herederos por su señor, solo sea libre el primero; que el menor de 20 años no pudiera manumitir sino bajo ciertas condiciones: que la mujer tampoco pudiera verificarlo sin la autorizacion del tutor, y otras disposiciones restrictivas de igual naturaleza. Los que habian sufrido alguna pena infamante se les consideraba por esta ley como indignos de ser ciudadanos romanos, y por lo mismo, aunque fuesen manumitidos, solo se hacian *dediticios*, es decir, se igualaban á los que se habian rendido en la guerra deponiendo las armas. Apenas se diferenciaba la situacion de estos de la de los verdaderos esclavos, asi es que al hablar de ellos dicen los jurisconsultos *pessima libertas*, y en efecto, era tan miserable su condicion, que ni esperanza tenian de mejorarla, puesto que no podian pasar á la clase de latinos ni de ciudadanos. Les estaba prohibido vivir en Roma ó en el radio de cien millas; no gozaban de ninguno de los derechos civiles, solo podian adquirir por los modos del derecho de gentes, ni contraer verdadero matrimonio que tuviese efectos legales. Por último, la 3.ª dada poco despues que las otras, negaba los derechos de ciudad á los manumitidos por carta, en convite ó entre amigos, ni podian obtenerlos tampoco en virtud de ella los demas manumitidos antes de haber conseguido el derecho de usar el anillo de oro por gracia del Príncipe: á estos manumitidos menos solemnemente se les igualó en derechos á los latinos de las colonias y se les dió el nombre de *latini juniani*. No eran ciudadanos, y por lo mismo no gozaban de ningun derecho político; pero despues de los ciudadanos eran los que gozaban mas derechos. No vivian en Roma, pero les era fácil entrar en ella, pues habitaban en los arrabales; tenian derecho de comercio y de emancipacion, podian ser testigos, *emptores familiæ*, *libripendes*, recibir fideicomisos y ser instituidos por un militar; tambien podian adquirir el derecho de ciudadanos de varios modos, *beneficio principis*, *liberis*, *causæ probatione*, *iteratione*, *militia*, *nave*, *ædificio*, *justrino*. Pero cuando el latino moria sin haberse aprovechado de estos medios para adquirir el derecho de ciudad, la ley Junia adjudicaba todos sus bienes á su antiguo señor, no por título de herencia, sino por razon de peculio, por esto se decia de ellos *vixisse ut liberos decessise ut servos*.

Considerando, pues, en resúmen las diversas clases que en esta época constituian la sociedad romana, hallamos el primero en categoria al ciudadano romano; en el puesto inmediato á los latinos de las diferentes clases; despues á los extranjeros; luego á los dediticios, verdaderos párias del mundo romano, y en fin, los últimos de todos á los esclavos á quienes la ley, protegiendo al señor en su insolencia, solo tenia por cosas, no por personas.

B. Diferencia entre los que ejercen derechos por sí mismos y los que los ejercen por medio de otro.

§. 353. *Potestas 1.º sobre los esclavos.*

La autoridad de un señor sobre su esclavo estaba contenida en este tiempo en ciertos límites jurídicos. El esclavo podia invocar el auxilio de la autoridad en muchos casos, v. g. cuando su señor le hubiese maltratado, ó bien si quisiese hacer que se prostituyese públicamente, y tambien sin duda en el caso en que arbitrariamente le retuviera su peculio (1). Al señor que abandonaba al siervo enfermo, se le castigaba con la pérdida de éste, y al que le mataba se le imponia ya la pena ordinaria de homicidio (2). Tambien se prohibió en esta época que los señores echasen á su arbitrio á sus esclavos á pelear con las fieras, siendo ya necesario que el juez conociese de la causa por la que se le imponia este castigo. Prohibiéronse tambien las cárceles en que los señores encerraban á los esclavos, y por último se declaró que los señores no tenian mas derecho sobre las vidas de sus esclavos, que sobre las de los demas ciudadanos. El patrono perdia los derechos de patronato, si no alimentaba al liberto pobre. (*Senatus-consulto Claudiano.*)

(1) La Const. 3. Th. C. ep. 4, 8, donde se dice que un esclavo puede hacerse libre poniendo otro esclavo en su lugar (*vicarii traditio servuli*) ó abandonando su peculio (*peculii assignatio*), no remonta mas que al reinado de Constantino.

(2) Suet. Claud. 25.

§. 354. 2.º *Sobre los hijos de familias. Origen de este poder por medio del matrimonio.*

Las disposiciones que se habian adoptado para prevenir el abuso que pudiera hacer un padre de su autoridad, se multiplicaron en esta época.

Este poder podia nacer del matrimonio, pero no del concubinato. Los impedimentos del matrimonio experimentaron una modificacion, en cuanto á que el parentesco en tercer grado no fue ya considerado como un obstáculo. No podemos decidir si la condicion de manumitido ó la mala conducta de la mujer constituian tambien impedimento: tampoco sabemos si los efectos civiles del matrimonio (*connubium*) se habian destruido (*L. Julia y Papia Popea*) por el principio, en virtud del cual el matrimonio contraido por una mujer mayor de 50 años con un hombre mas jóven que ella estaba considerado como desigual (*impar matrimonium*) é insuficiente para librar de las penas pronunciadas contra el celibato. Pero lo que no ignoramos es que no se otorgaban estos efectos cuando un tutor, antes de haber dado sus cuentas, se habia casado con la que fuera su pupila, ó cuando un magistrado de una provincia se habia enlazado con una mujer de esta provincia. El derecho de ciudad no se tomaba ya en consideracion, sino bajo un solo aspecto, y era que los extranjeros que no gozasen de él no podian contraer un matrimonio que produgese efecto alguno civil. Sin embargo, todos los impedimentos, á escepcion del que resultaba del parentesco en un grado muy próximo, podian hacerse desaparecer por medio de una dispensa obtenida del emperador, quien tenia igualmente la facultad de eximir á un individuo de las penas fijadas contra el celibato. Cuando no podia tener lugar el matrimonio, estaba frecuentemen-

te autorizado el concubinato; pero siempre que el matrimonio era posible, era necesario un permiso especial para poder vivir en concubinato, ó al menos una declaracion pública que afirmase que no habia matrimonio, ni adulterio entre las dos partes.

Cada uno de los dos esposos continuaba en el goce de la facultad de poder pedir el divorcio: solamente la liberta casada con su patrono carecia de la facultad de poderse separar de él sin su beneplácito. El esposo culpable perdia una parte de su dote; por esto se ocupa Ulpiano en este lugar de lo concerniente al régimen dotal.

En esta época se negó á los padres el derecho de vida y muerte sobre sus hijos; se declararon estos manumitidos cuando el padre los exponia sin piedad, y en este caso, aun cuando muriese el hijo, no se concedia la *bonorum possessio* de los bienes al padre (1).

Dispúsose tambien en esta época que el padre, que por sospechas de adulterio matase á su hijo en la caza, fuese deportado á una isla (2).

Igualmente se introdujo la costumbre de presentar los padres á sus hijos ante los magistrados, cuando habian cometido algun delito, á los cuales los mismos padres prescribian la sentencia que debian imponerles.

Tambien se prohibió que se vendiese al hijo por ningun título.

(1) L. ult. D. *Si á parente quis manumisus sit.*
(2) 1. 5. D. ad 1. Pomp. de parricid.

§. 355. *Origen del poder paternal por la adopcion y per* causam probare.

La adopcion y arrogacion, que antes se hacian por los comicios curiados, se concedieron despues por rescripto del príncipe (1). La ley Julia y Papia Popea restableció un principio antiguo, que exigia tener un cierto número de hijos para ocupar ciertos destinos, heredar á ciertas personas y eximirse de ciertas cargas, y este fue un motivo mas para que las adopciones fueran mas frecuentes en Roma, pues por su medio se completaba el número de hijos que la ley exigia.

En este tiempo se encuentra ya un nuevo modo de arrogacion aplicado á los impúberos, que antes no podia tener lugar, pues es sabido que el impuber no podia contratar, y por otra parte, hubiera sido peligroso exponer su inocencia á ser presa de la avaricia de alguno que quisiera por este medio poseer sus bienes, abandonándole despues. Para prevenir estos males, al tiempo de permitir la arrogacion del impúbero, se exigieron varias formalidades, á saber: 1.° una informacion para asegurarse de que la arrogacion era provechosa al pupilo; 2.° el consentimiento de sus parientes; 3.° conocimiento de causa; 4.° facultades del arrogante y arrogado y vida ante acta de este último. Ademas, tenia que afianzar el arrogante á los próximos agnados, que les restituiria los bienes del arrogado, si moria dentro de la pubertad; y á este, que si fuese emancipado ó ex-heredado, le restituiria ademas de sus bienes la cuar-

(1) Ant. Schalting ad Ulpianum Fr. 8, 2. p. 589. l. 38. D. T. 11, L. 1.

ta parte de los suyos. Tambien hallamos en esta época una nueva forma de adopcion (*adoptio ex tribus maribus*) que produce efectos particulares. Igualmente vemos recomendadas mas severas precauciones contra las adopciones simuladas. La adopcion no puede hacer que el adoptado adquiera en ningun caso los derechos propios á los ciudadanos romanos nacidos libres (1).

La patria potestad puede nacer tambien de la prueba (*causam probare*) hecha por el hijo en el caso en que se controvierte la existencia del matrimonio, y aun tambien algunas veces en otros casos (2).

En fin, puédese por una concesion especial del emperador adquirir el poder paternal, y aun con él el derecho de ciudad, asi como tambien los efectos civiles del matrimonio (*connubium*) respeto de la madre.

§. 356. II *Manus* y III *Mancipium. Fin de potestas, Manus y Mancipium.*

El poder marital (*manus*) no podia adquirirse ya por el uso (*usus*). Tambien era muy raro que debiese su nacimiento á la *coempcion*. En fin, cuando proviene de la *confarreaccion*, no tiene lugar casi nunca, sino entre personas revestidas de algunas funciones religiosas (3). No es pues

(1) Aul. Gell. (5, 19.)
(2) Ulp. 3, 5.
(3) Gajus cita las siguientes: los Flamines superiores. (*Flamines majores*), es decir, el gran sacerdote de Júpiter. (*Flamen Dialis*), el de Marte, (*Matialis*), el de Quirinus, (*Quirinalis*). Y ademas el Rey de los sacrificios. Ulpiano solo habla del modo por el cual la mujer puede hallarse bajo el poder de su marido (*in manum conventio*).

dudoso que esta fuese ya poco usada; por esta razon es mas de admirar que los jurisconsultos de este período hagan tan frecuentemente mencion de ella.

Respecto del *mancipium* no tenemos noticia de que hubiese experimentado cambio alguno. No era permitido maltratar á la persona que se tenia *in mancipium* y los Proculeyanos exigian que, antes de dar al hijo su reparacion del daño que habia causado (*noxæ dare*), el padre emplease la formalidad de la triple emancipacion, la cual no se habia usado en otro tiempo en semejante caso.

Ningun cambio sobrevino en la manera de concluir estos tres modos, por los cuales estaba uno sometido al poder de otro.

C. TUTELA Y CURATELA.

§. 357. *Tutela.*

El encargo de dar tutores dativos se encomendó en esta época á los cónsules y pretores tutelares en Roma, y en las provincias á los gobernadores, segun la ley Julia y Ticia (722). Despues se dió esta facultad en Roma al prefecto, y en las provincias á los presidentes.

Librábanse de la tutela por la ley Papia Popea, las mujeres ingenuas que tuviesen tres hijos, y las libertas que tuviesen cuatro. Algunas que eran estériles y carecian por lo mismo de hijos, solian pedir esta gracia al príncipe.

Tambien se prohibió que la tutela de las mujeres se cediese á otros, y por lo mismo ya no hubo en lo sucesivo el tutor llamado *cessitius*.

Las mujeres romanas, que habian nacido de padres libres, se encontraron en esta época exentas de la tutela de

los agnados, que tan molesta les era, y todas las que tenian hijos lo estaban tambien de los lazos de toda tutela de cualquiera clase que fuese. Pero no es verosímil que en ésta época se hubiera ya declarado que una madre era hábil para ejercer la tutela sobre sus hijos (1).

La tutela testamentaria sufrió algunas impugnaciones en esta época, en cuanto que los Proculeyanos querian que, para que fuese válida la dacion de tutor, se escribiese en el testamento aun antes de la institucion de heredero (2). Por lo demas, solo se perfeccionó la tutela dativa, es decir, la que se conferia en virtud de la designacion hecha por la autoridad pública. Muchas veces se recurria á esta tutela, aun cuando no se tratase mas que de un objeto particular (*tutor ad rem*). Las excusas, las satisdaciones y las confirmaciones de los tutores, se usaban muy frecuentemente, habiéndose ya establecido que siempre que las autoridades municipales llegasen á inmiscuirse en alguna de las materias relativas á la tutela, cargarian sobre sí por este solo hecho con la responsabilidad de todas las consecuencias de ella. Los varones salian de la tutela al llegar á la pubertad; pero en tiempo de Ulpiano estaban divididas las opiniones acerca de la edad en que se verificaba este gran desarrollo físico. Casio y sus discípulos, partidarios todos de la escuela de Capiton, permanecian fieles á la antigua opinion que conceptuaba variable esta época, segun la constitucion física de cada individuo, de tal suerte que Gajus, al hablar de la edad de 14 años en los varones, no se ocupa de esta tutela, sino cuando se ha dado en testamento. Próculo y sus discípulos, que formaban la escuela de Labeon, adoptaban por el contrario, la opinion de los naturalistas griegos, cuyas doctrinas eran entonces mas conocidas de los romanos; es decir, que hacian comenzar la pubertad en el momento en que se cumplia el segundo período de siete años, *el segundo septenario* (1). Un jurisconsulto apellidado Prisco, ya fuese el Proculeyano Neracio, ya por el contrario, el Casiano Javoleno, adoptó un término medio entre estas dos opiniones; manifestó que no era necesario tomar en este punto por regla en cada individuo, ni el desarrollo de sus facultades físicas, haciendo abstraccion de su edad, ni el número de años, sin consideracion al mayor ó menor grado de madurez de sus facultades. Tampoco esta contestacion era del número de las que solventó Adriano; sin embargo, era fácil de decidirse, porque los principios de la política no influian ya en la decision que se adoptára, mas que las máximas invariables de la equidad. Tampoco habia sobre este punto una opinion determinada por las *Responsa* de los jurisconsultos, habiéndose intentado ya en la época misma en que se hallaban en todo su vigor las dos sectas, introducir una tercera hipótesi diferente en un todo á las dos primeras. De lamentar es ciertamente que aquellos jurisconsultos que por razon de sus destinos ejercian una influencia tan grande sobre la legislacion, no empleasen esta misma influencia en hacer prevalecer su opinion particular sobre este punto importante. Ulpiano mismo no se explica sobre este

(1) Vide el fr. ult. D. 26. 1. Neracio en este lugar habla de la aptitud de las mujeres á la tutela como de un favor especial que se les habia concedido ya en su tiempo. Pero á esta asercion puede oponerse el silencio de Gajus y Ulpiano, y la formal negativa del emperador Alejandro en la Const. 1. C. 5, 35.

(2) Gaj. pag. 113, hablando de los legados, trata tambien del nombramiento de tutor por testamento.

(1) Plut. Pl. Phil. 5, 24.

asunto. Es verosímil que no se entendiesen mejor respecto del lapso de siete años que se fijaba para determinar el tiempo que duraba la infancia (*infantia*), término á cuya conclusion podia el pupilo comenzar á obrar con la autorizacion (*auctoritas*) de su tutor.

§. 358. *Curatela.*

La curatela no estaba mas en uso en esta época, que en las anteriores; porque no habia otra persona mas que el emperador que tuviese el derecho de dispensar á un individuo menor de 25 años (*minor XXV annis*), de tener un curador; esta dispensacion se llamaba *venia ætatis*, palabras cuya inversion estaba admitida (1), y se concedia por el Príncipe á los varones de 20 años y á las hembras de 18, si probaban ser sóbrios y honrados. No se sigue sin embargo, de aqui que todo individuo *sui juris* debiese tener un curador, pues que, por ejemplo, se concibe facilmente que uno que no hubiese conseguido hacerse *sui juris* sino despues de haber llegado á la edad de la pubertad, y el cual por consiguiente jamas hubiera tenido tutor, podia en semejante caso hallarse en circunstancias tales, que ninguno tuviese interes ni designio en hacer que se le diese un curador. Continuaba en esta época la máxima establecida por la ley Letoria de que no se debia dar curador á los menores contra su voluntad, sino solamente á los que los pedian y manifestaban las causas que á ello les movian. Pero conociendo los inconvenientes que resultaban de dejar en

(1) El fr. 3 pr. D. 4, 4, dice que cualquier autoridad, diferente de aquella, que se arrogase esta prerogativa, obraria *ambitiose*.

completa libertad á los púberos menores de 25 años, se adoptó un medio ingenioso, para que, sin embargo de aquel principio establecido en la legislacion, todos los menores pidieran curadores, y fue el mandar que ningun menor, que no lo solicitase recibiese la administracion de sus bienes del tutor, bajo cuya autoridad mucho mas estricta y rigorosa que la del curador, debia continuar. Por este medio se consiguió que todos los menores tuvieran curador, pues por librarse de la tutela todos le pedian al llegar á la pubertad (1). Otros medios indirectos se adoptaron tambien para conseguir el mismo fin, á saber: el negarles toda accion ni excepcion en juicio, sin la asistencia del curador (2).

§. 359. *Fianzas de los tutores y curadores.*

Confirmose primero en esta época por medio de un senado-consulto el derecho establecido en la anterior por los pretores acerca de las fianzas que debian dar los tutores y curadores haciendo responsables tambien á los decenviros si al nombrarlos no les habian exigido las correspondientes fianzas ó habian elegido para dicho cargo los menos idóneos, responsabilidad que se extendió despues hasta los herederos de los expresados magistrados si estos habian incurrido en la *culpa lata*.

(1) L. 33. §. 1, D. *de admin. et per tut.* l. 28, §. 1, cod. l. 31. cod. l. 1 §. últ. D. de min.
(2) Ley 1, §. 2, de admin. *et per tut.* l. 1, 2, 3. C. qui *legit per f. stand. in judis.*

§. 360. *Diferencias establecidas entre las personas por las leyes Julia y Papia Popea* (1).

El objeto de estas leyes fue el aumentar la poblacion y rehacer el Erario, pues aquella se habia disminuido considerablemente con las guerras, con la vida disipada de los romanos en esta época y con las colonizaciones, y el último se hallaba exhausto con los enormes gastos que se habian hecho en tiempo de Cesar. Las disposiciones de estas leyes eran de diferentes clases, pero todas tendian á los indicados fines. Por esto unas concedian privilegios á los casados, facilitaban los matrimonios, limitaban los divorcios, consentian el concubinato, aunque le privaban de efectos civiles; concedian cuantos privilegios eran posibles á los que tuviesen hijos de legítimo matrimonio, los cuales eran preferidos para los cargos públicos y magistraturas, y estaban exentos de las cargas personales. Tambien concedian privilegios á las madres, eximiendo de la tutela de los agnados á las que tuviesen tres hijos. En cuanto á las herencias, establecieron tambien algunas disposiciones, que hacian mejor la condicion de los padres que la de los célibes, á quienes impusieron algunas prohibiciones. Para llenar el segundo objeto aplicaron al fisco los bienes que se dejasen contra lo dispuesto terminantemente en las leyes declarándolos caducos.

Tal fue el designio de Augusto al dar las leyes Julia y Papia Popea, que algunos creen que eran dos leyes diferentes, y que despues se refundieron en una sola. Por el sucinto relato que hemos hecho de las principales disposiciones que contenian, se conocerá cual era el estado en que Roma se hallaba en aquella época. Sin embargo, las referidas disposiciones adoptadas por Augusto no la mejoraron; porque lejos de atacar el mal en su raiz, le dejaban á salvo. Por esto encontraron tanta oposicion estas leyes y fueron tan detestadas de los romanos. El fundamento del mal era la miseria espantosa en que gemia la multitud, al paso que los ricos acumulando cada vez mas bienes, ostentaban un lujo extraordinario. Si en vez de los premios á los casados y el castigo á los célibes, que decretaban estas leyes y que no proporcionaban ni la subsistencia, ni la seguridad necesarias para el desarrollo de las familias, hubieran protegido la agricultura y hubieran dividido los terrenos de la Italia, que se hallaban en manos de unos pocos, entre la multitud de ciudadanos que se hallaban sin ocupacion alguna, entonces sí que se hubieran multiplicado las familias y aumentádose la poblacíon.

(1) Ulp. 13. *de cela (cœliba) orbo et solitario patre*; 14, *de pœne legis Juliæ*: 15 *de decimis* 16 *de solidi capacitate inter virum et uxorem.* 17 *de caducis*: 18 *qui habeant jus antiquum in caducis.*

Por lo demas, Gajo parece que no considera como una cuarta diferencia entre las personas la que establecieron estas leyes. Ulpiano fue solo quien estableció esta distincion; pero la porcion de su obra, en que trata de esta materia, ha llegado á nosotros muy mutilada. Sin embargo, leense en ella algunas de las disposiciones que hemos referido.

Nada hallamos en Ulpiano respecto de los derechos concedidos al que siendo padre, no tiene mas que un solo hijo (*solitarius pater*). Sin embargo, otros autores, que nos han referido los artículos de esta ley, nos manifiestan que por ella se le concedia la facultad de adquirir toda la herencia, cuando era instituido heredero por otro.

SEGUNDA SECCION.

DE LAS COSAS.

§. 361. *Servidumbres.*

Ningun cambio, al menos que sepamos, se introdujo en este período en las diversas especies de cosas. Entre los incorporales se encuentran citadas con mucha mas frecuencia las servidumbres y particularmente el usufructo. Respecto de éste se estableció que jamas pudiese nacer por sí mismo; sin embargo, frecuentemente hallamos que este derecho es la única cosa de que pueden disponer por testamento ciertas personas. De aqui tomó origen la doctrina de que el usufructo podia aplicarse á las cosas que se consumen por el uso, y la que prohibia librar al usufructuario por medio del testamento de la obligacion de afianzar en seguridad del usufructo que le era legado sobre cosas de esta naturaleza: y en efecto, sin esta precaucion, este usufructo se convertiria facilmente en una propiedad plena y completa. Esto mismo se consignó tambien por la ley Falcidia, en las disposiciones que comprendia aplicables á los herederos en general, y asi mismo en las establecidas para ciertos parientes próximos en particular, y en el conjunto de las disposiciones de las dos partes de la ley *Julia* á saber, la de *vicesima* y la *caducaria.*

§. 362. *Mancipi res.*

En esta época, segun la interpretacion dada por algunos jurisconsultos á la ley *Julia de fundo dotali*, se estableció una diferencia mucho mas marcada que antes entre los inmuebles situados en Italia, y los que lo estaban en las provincias: sin embargo, es cierto que estos últimos no se hallaban sujetos al censo propiamente dicho, al paso que los otros, por el contrario, estaban sujetos á una operacion, que hasta cierto punto tenia mucha analogía con el censo. Solo durante el curso del tercer período hallamos establecida la distincion entre los *stipendiaria* y los *tributaria prædia.*

§. 363. *Consideraciones generales sobre la propiedad territorial en Roma.*

La avaricia de la aristocracia no encontraba límites. En este período la aglomeracion de fortunas se hizo tan exhorbitante, que Plin. (1) dice que en tiempo de Neron seis individuos solos eran dueños de la mitad del Africa romana. *Sex domini semisem Africæ possidebant*: contándose tambien algunos ciudadanos que poseian hasta 20,000 esclavos. Consecuencia de este estraordinario aumento, que experimentaron las riquezas territoriales de la nobleza, fue el aumento de los ciudadanos pobres, los cuales tuvieron que abandonar el cultivo de los campos á causa de los excesivos arrendamientos que les exigian los dueños, que comenzaron desde entonces á valerse para ello de los esclavos. De aqui el envilecimiento de una gran parte de la poblacion y la corrupcion de costumbres que se experimentaba en esta época, el desinteres con que ya miraban el servicio militar unos hombres que nada tenian que perder: el conflicto, en fin, en que ponian á la ciudad aquella turba de proletarios sin industria, á cuya subsistencia no se sabia como proveer, puesto que constituian la mayo-

(1) Hist. Nat. XXVIII 73.

ría de la poblacion romana. Ya no bastaban para alimentar esta multitud de gente hambrienta las contribuciones que se imponian á las provincias, exijiéndolas granos. En tiempo de Cesar, dicen Varron y Columela, que se alimentaban de este modo 300,000 personas. Pero este medio adoptado agravó el mal, porque la contribucion territorial subió á una cantidad tan enorme, que los pequeños propietarios tenian que abandonar sus campos. Cuantos frutos obtenian no eran suficientes para satisfacer lo que el fisco les pedia. Lujo, ostentacion, poderio, en unos pocos; envilecimiento, pobreza y miseria en el mayor número; tal era el cuadro que presentaba Roma en esta época, á causa de la enorme desigualdad con que su riqueza se hallaba dividida. Semejante estado de cosas no podía menos de llamar la atencion pública. Varias leyes agrarias se dieron para mejorar la condicion de la plebe, pero todas se estrellaron contra el poder de los ricos; por lo cual, estos y los pobres continuaron la guerra cruel que se habian declarado hacia largo tiempo.

§. 364. *Adquisicion de la propiedad.*

Ninguna modificacion esencial se hizo acerca de la antigua distincion establecida entre los bienes adquiridos *ex jure quiritium* ó los que se decian *in bonis*, asi como acerca de la relativa á los diversos modos de adquirir una y otra de estas clases de propiedad. Al menos nosotros no conocemos ninguna mas que la que tendia á establecer que la simple posesion *in bonis*, ó la simple posesion de buena fe (*bona fide possidere*) podia ya dar derecho para intentar una accion contra el tercer poseedor (§. 272)

Respecto de las diversas maneras naturales de adquirir se suscitó con relacion á la caza una controversia, sobre si

basta herirla ó es necesario perseguirla despues para tener el derecho de apropiársela. Otra controversia se suscitó tambien en cuanto á la especificacion, es decir, en cuanto á la formacion de una especie nueva (*species*) con una cosa de otro: esta tubo por objeto determinar si era la materia ó la forma la que debia decidir quien habia de ser el propietario de la nueva especie. Los partidarios del rigoroso derecho antiguo, los Sabinianos, que se hallan en esta ocasion designados expresamente con esta calificacion, decidian que era la materia, al paso que los filósofos ó jurisconsultos, sectarios de las nuevas doctrinas, que era la forma la que debia decidir; y por último, otros sostenian que la decision de esta cuestion dependia de la posibilidad ó imposibilidad de volver á la cosa su primitiva forma. Asi en este caso vemos que vuelve á aparecer la misma disidencia de opiniones de que hemos hallado ya un ejemplo en otro lugar (§. 357).

Entre los modos de adquirir la propiedad romana, la mancipacion era todavia de un uso frecuente (1). Sin embargo el tiempo habia gastado ya las respetables costumbres de los antiguos romanos: ya no se pesaba en esta época el cobre para verificar las ventas, sino que se contaba la moneda, y por lo mismo, la ficcion de la mancipacion cedió á la práctica mas sencilla de la realidad, quedando solo aquella como un testimonio del antiguo uso y de la vieja ley civil de los romanos: la presencia del *antestatus* parece que se requeria en este caso. Respecto de la usucapion, es

---

(1) Ernesto en la voz *mancipium* advierte que todavia se servian de esta palabra en la época de Plinio, el anciano. Pero no dice que se halle doscientos años despues en Ulpiano.

probable que se hubiese ya desechado la opinion que pretendia decidir que podia adquirirse tambien de esta manera el derecho de suceder (1); pero, por otra parte, la facultad de adquirir las cosas pertenecientes á la sucesion por medio de la usucapion en clase de heredero (*pro hærede usucapio*) se hallaba igualmente restringida al solo caso en que habia un heredero necesario (*necessarius hæres*). Por consiguiente tampoco se recordó la máxima, *nemo sibi causam possessionis mutare potest*, sino para admitir que debia uno guardarse de hacer de ella una falsa aplicacion. La especie de usucapion, llamada el uso de un año (*usu receptio*) tenia lugar en el caso en que se habia celebrado respecto de ella un contrato fiduciario (*fiducia*): admitiéndose por consiguiente en el caso en que este contrato se habia verificado con un amigo del que queria hacerla valer; menos dificultad habia aun, cuando esto se verificaba con un acreedor; y en este último caso nada podia impedir que hubiese lugar al *usus receptio*, aun cuando el deudor hubiese detenido la cosa en virtud de un arrendamiento, ó de aquella especie de préstamo, llamada *præcarium* (2).

Las leyes Julia y Plautia determinaron en este tiempo respecto de las cosas poseidas por fuerza lo mismo que en el período anterior se habia dispuesto respecto de las cosas hurtadas, á saber; que no se pudieran usucapir por ningun tiempo á no ser que hubieran purgado el vicio que tenian, volviendo al poder de su dueño.

Acerca de la usucapion de las servidumbres se adoptó tambien una disposicion terminante que destruyó por el

(1) *Sen.* De benef. 6, 5,
(2) Gaj. Pág. 68, lín. 12.

pronto una regla de jurisprudencia que se habia introducido apoyada en la interpretacion que daban los jurisconsultos.

Como las servidumbres eran cosas incorporales no podian poseerse y por consiguiente tampoco usucapirse, pues la esencia de la usucapion consiste en la posesion, tanto mas cuanto que en las doce tablas no se hablaba de la usucapion de las cosas incorporales. Los jurisconsultos creyeron, sin embargo, que esta prohibicion era absurda, pues aunque no hubiera verdadera posesion en las servidumbres, habia sin embargo uso de ella, el cual se reputaba como tal posesion, y de aqui dedujeron que aunque no se hallaba mandada expresamente la usucapion de las servidumbres, debia admitirse, puesto que tampoco se hallaba expresamente prohibida. Pero como parecia que esta interpretacion pugnaba con los principios anteriormente establecidos, se determinó ateniéndose á ellos, que no se usucapiesen las servidumbres. A pesar de todo esta disposicion de la ley Scribonia no prevaleció contra la regla establecida por la jurisprudencia y seguida por la costumbre; tan cierto es que las leyes casi nunca tienen fuerza cuando se oponen á la razon y á la costumbre.

Entre los modos de adquirir comprendidos bajo la denominacion general de modos en virtud de la ley (*lege*), es preciso comprender los que se designaban con el nombre de *caducum* y el *ereptorium* (1), modos que ambos á dos se encuentran en Ulpiano, asi como el *jus accrescendi in servo* de que se habla en las Institutas, y que Próculo sostenia que era igualmente aplicable á los que no habian sido

(1) L. Julia et Papea Popæ.

manumitidos, sino por uno de los modos naturales de manumision.

La donacion (*donatio*) formaba muchas veces en esta época la base de un modo particular de adquisicion, cuando no producia obligacion; en cuyo caso la distincion de la donacion en *inter vivos* y *mortis causa* se establecia tambien del mismo modo que si se tratase de una donacion revestida de la forma de contrato.

§. 365. *Fin de la propiedad. Derecho de hipoteca.*

Hablóse durante el tercer período, con mucha mas frecuencia que en el anterior, de una máxima absurda en apariencia, segun la cual muchas veces el que es propietario no puede enagenar sus bienes, al paso que el que no lo es, puede, por el contrario, enagenarlos. El primer caso se presenta respecto de un fundo dotal (*fundus dotalis*), y el segundo respecto de una cosa gravada con el derecho de prenda. Las compilaciones de Justiniano establecen numerosas disposiciones respecto del derecho de hipoteca, que parecen inconciliables con la seguridad de la propiedad, las cuales se hallan desarrolladas, ya en los jurisconsultos, ya en los rescriptos del tiempo de Justiniano: tal es, por ejemplo, la que concede accion contra un tercer poseedor de una cosa, que forma parte de una masa de bienes dados en prenda (1), cuando esta cosa habia sido enagenada por el deudor; tal es tambien la que confiere al acreedor la hipoteca sin tradicion. Sin embargo, todas estas disposiciones se justifican principalmente, porque es constante que

(1) Fr. 47. pr. D. 49, 14.

la ley imponia una pena á aquel, que despues de haber dado en prenda una cosa que le pertenecia, la volvia á gravar otra vez, ó bien la enagenaba despues de haberla gravado (*vide* §. 275 *al fin*).

§. 366. *Adquisicion por medio de otros.*

En esta época se introdujo un nuevo principio con el objeto de facilitar el comercio; establecióse que cualquiera cosa puede adquirirse por medio de un tercero, que no esté sometido al poder del adquirente. Al menos, respecto de la posesion se fijó este derecho; pero no podremos decidir si la constitucion de Severo, que hallamos citada con este motivo, establecia una legislacion enteramente nueva (1), ó si no hacia mas que reproducir los antiguos principios: por lo demas Gajus no habla de ella una sola palabra.

§. 367. *Influencia de las relaciones de familia sobre la propiedad: y 1.° influencia de la autoridad paterna* (2).

La influencia de la autoridad paternal sobre los bienes del hijo se modificó por el peculio castrense (*castrense peculium*, palabras cuya inversion estaba admitida). En efecto, el hijo podia ya disponer por testamento de este peculio, el cual, despues de su muerte, se consideraba como una verdadera herencia, y obligaba á pagar todas sus deudas cuando era legado por testamento; en fin,

(1) §. 5. Inst. 2, 9.
(2) Dig. 40, 17, *De castrensi peculio.*

si vivia el padre, no lo recibia sino á título de peculio y gravado con todas sus deudas, por considerables que estas fuesen (1). Sin embargo, no se sigue de aqui que el hijo haya sido considerado como propietario aun viviendo su padre. Ya hállamos en esta época mencionado el caso en que el padre debe entregar al hijo sometido á su poder el valor de todo fideicomiso, en cuya administracion el padre no se condujese segun las reglas estrictas de la probidad.

§. 368. 2.° *Influencia del matrimonio* (2).

La influencia del matrimonio sobre la propiedad experimentó una nueva modificacion por la incapacidad de enagenacion que se dió al *fundo dotal*, ó al menos al que se hallaba situado en Italia (*in Italico solo*). Hasta esta época el marido era el dueño absoluto de la dote durante el matrimonio. El considerarle como mero usufructuario hubiera repugnado mucho á la idea que en Roma se tenia de un padre de familias. Las saludables medidas adoptadas por el pretor, de que hemos hablado en el período precedente, no fueron suficientes para contener los divorcios, ni para evitar que las mugeres se viesen abandonadas, sin bienes de ninguna clase, con un crédito ilusorio contra un marido arruinado, y sin probabilidad de contraer otro nuevo matrimonio que las sacase de tan lastimoso estado. La ley *Julia de adulteriis* en el título de *fundo dotali* limitó aquel extenso poder del marido. Desde entonces ya no pudo éste enagenar el fundo dotal vitálico sin consentimiento de la muger, ni darle en hipoteca aun cuando consintiese. Quizá debemos referir á esta misma época la obligacion que se impuso al marido de restituir la dote despues de la disolucion del matrimonio. Una dificultad que resolver se presentaba cuando esta disolucion se habia verificado á consecuencia de la muerte de la muger. En efecto, como ésta en semejante caso no podia vigilar por sus propios intereses, era necesario determinar la persona á quien el marido debiese restituir la dote. Cuando esta dote se habia dado por alguno de los que por la ley estaban obligados á constituirla, como un padre ó un abuelo paterno *profectitia dos*, (palabras cuya inversion no estaba admitida) entonces volvia al donante y el poder paterno perdia todos sus derechos en este caso, igualmente que los herederos que la muger dejase. Habia, sin embargo, algunos casos excepcionales en los cuales esta dote no volvia al donante, como por ejemplo, cuando se habia asegurado al marido la quinta parte de esta dote por cada hijo nacido del matrimonio; cuando la dote habia completamente desaparecido por el conjunto de estas desmembraciones, y en fin, cuando el marido conservaba su valor en el caso de morir antes el padre ó el abuelo. Pero cuando la dote se habia constituido libremente por la muger misma, ó por otro cualquiera en nombre de ella *adventitia dos*, (palabras cuya inversion no se admitia) entonces el marido la retenia ordinariamente, á no ser que se hubiese estipulado el volverla á tomar el que la dió (*receptitia dos*). No sucedia lo mismo cuando el matrimonio se disolvia á consecuencia del divorcio, ó por muerte del marido; en esta hipótesis la dote, cualquiera que fuese su origen, volvia ó á la muger solamente, ó á esta y su padre á la vez.

El tiempo fijado para verificar esta restitucion se divi-

(1) *Civilitisches Magazin*, tomo II, p. 209.

(2) Ulp. 6. *De dotibus*. 7 *De jure donationum inter virum et uxorem*. Dig. 23, 5. *De fundo dotali*.

dia respecto de las cosas susceptibles de peso, número ó medida, en tres plazos de un año cada uno: respecto de todas las demas cosas, la restitucion debia tener lugar en el acto despues de la disolucion del matrimonio.

Las *retenciones* sobre la dote (*retentiones*) se verificaban siempre que la causa de divorcio procedia de algun hecho de la muger. Si habia hijos se retenia una sesta parte para cada uno de ellos, sin poder, sin embargo, exceder esta parte total de la mitad de la dote. Cuando no habia hijos, la retencion consistia en la sesta parte, por ejemplo, en los casos graves (*graviores mores, majores mores*) y de una octava, v. gr. en los casos mas leves (*leviores mores, minores mores*). Pero no se podian verificar simultáneamente muchas retenciones de la misma naturaleza sobre una parte determinada de la dote (1). La ley castigaba tambien de otros diversos modos al esposo, ya condenándole á restituir la dote que habia recibido antes de la época en que él estuviera obligado á ello, ya privándole de una parte de los frutos percibidos de esta dote (2). En fin, cuando se trataba de verificar esta restitucion se atendia á las impensas (*impensæ*) hechas por el marido, como tambien á las donaciones que los esposos se habian hecho en los

(1) *Dos, quae semel functa est amplius fungi non potest, nisi aliud matrimonium sit.*-Ulp. 6, 11. *Vide el Civilistisches, Magazin*, tomo 4, p. 396.

(2) En Ulp. 6, §. 13, hallamos esta frase: *In ea autem quæ præsens reddi solci, tantum ex fructibus jubetur reddere, cuantum in illa dote Cuæ. Triennio redditur, repensatio facit*, es preferible á la siguiente que se lee en el manuscrito: *in illa dote* Quadriennio *redditur*. En las ediciones mas recientes de Ulpiano se ha sustituido la palabra *repræsentatio* por la de *representatio*, cambio inútil é inexacto.

casos en que podian verificarlo segun la ley. Tambien se habló con este motivo y relativamente al marido de una *stipulatio tribunitia*, nombre que probablemente se ha leido mal (§. 391). El marido respecto de todos los objetos que no formaban parte de la dote, firmaba ordinariamente el inventario de ellos al principio del matrimonio, operacion que sabemos de un modo positivo (1) que se usaba generalmente en Roma.

§. 369. 3.° *Influencia de la tutela y de la curatela* (2).

El tutor, asi como el curador, no podian sin especial permiso de la autoridad, enagenar aquellos inmuebles de su pupilo que no están sujetos á deterioro; solo tenian este derecho respecto de las casas.

§. 370. *Persona del testador y forma del testamento* (3).

Si pasamos ahora á los modos de adquirir por título universal, hallamos muchos cambios introducidos en las sucesiones. El derecho de herencia se egercia tambien en este tiempo sobre los bienes dejados por aquel que habia acabado sus dias en poder del enemigo en estado de cautividad.

Con respecto á los testamentos, un latino que formaba parte de una colonia tenia en este tiempo la facultad de testar, al paso que un latino juniano carecia de esta facultad.

(1) Fr. 9, §. 3. D. 23, 3.

(2) Dig. 27. 9. *De rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis.*

(3) Ulp. 23, 10.-Inst. 2, 11. *De militari testamento.*-Dig. 29, 1. *De testamento unitis.*

Este mismo derecho se concedia á los extrangeros que le tenian en su patria: pero no á los dediticios. La edad que se requeria para poder hacer testamento era la que Gajo mismo fija de 14 años, quien sin embargo no la admite como la época de la pubertad. Un hijo de familias podía disponer por testamento de su *castrense peculium*, y las mugeres romanas testaban sin tener necesidad de un tutor especial, cuando estaban libres de los lazos tutelares.

Respecto de la forma del testamento, se exigia todavia por derecho civil un documento escrito (1) y la mancipacion. Pero los militares no estaban sujetos á ninguna de las condiciones relativas á la forma ni al contenido del testamento. Tambien se concedieron estas prerogativas á todos aquellos que sin ser militares, estaban sin embargo expuestos á los mismos peligros que estos. Con todo, cuando el soldado habia obtenido su licencia, el testamento hecho de esta manera no se reputaba válido sino durante un año. En esta época existian reglas muy precisas relativas al modo de abrir los testamentos y á la toma de posesion de los herederos.

§. 371. *Contenido del testamento.*

La cuestion de saber quienes pueden ser instituidos herederos exige que tomemos ahora en consideracion por una parte la ley *Junia Veleya*, que permitia instituir á un posthumo nacido viviendo el testador, y por otra la ley *Julia caducaria*. Esta última ordenaba que en el caso en que un *celebs* ó un *orbus* instituidos por testamento no se hubiesen

(1) No sucedia lo mismo respecto de la *bonorum possessio*, Fr. 8, §. 4. D. 37, 11 y *const.* 2. C. 6, 11.

casado en tiempo útil, todos los instituidos en el mismo testamento que tuviesen hijos podian presentarse en vez de él, ocupar su lugar y recoger en defecto suyo lo siguiente: respecto de un *celebs* su porcion toda entera; si se trataba de un *orbus* la mitad de esta porcion solamente, y si se trataba del esposo sobreviviente, la suma que no tenia derecho de recibir de su consorte. No es de creer que pudiese instituirse herederos á las comunidades; sin embargo, las municipalidades podian ser instituidas por sus manumitidos, cuya excepcion se extendia en favor de un pequeño número de templos privilegiados. El derecho concedido al testador de instituir á sus propios esclavos se determinó en esta época de un modo mas preciso. Segun Gajo, los jurisconsultos de las dos sectas no se ponian de acuerdo sobre si la muerte del heredero suyo, que habia sido preterido en un testamento (*præteritus*) le invalidaba ó no segun el derecho civil (1). El heredero instituido tenia ya en este tiempo derecho á la cuarta parte de los legados.

Estaban divididas las dos sectas sobre si debe considerarse como no puesta toda condicion imposible de cumplir. Los Casianos sostenian la afirmativa y en esto verosimilmente seguian las huellas de Q. Mucio (2). Por su parte los Proculeyanos no admitian distincion sobre este punto en las últimas voluntades y los contratos, y Gayo mismo observa que apenas puede hacerse una distincion razonable (*vix idonea diversitatis ratio*) (3). En cuanto á la condicion captatoria es cierto que destruia todo el valor de la institucion.

La sustitucion vulgar (*vulgaris substitutio*) parece que

(1) Pág. 84. lín. 12 y siguientes.
(2) Fr. 16. D. 28, 3.
(3) Pág. 154

se hizo de un uso mas frecuente con el objeto, sin duda, de disminuir el número de casos en los que el tesoro público tenia el derecho de apoderarse de los *caduca* (1). Solo en esta época es cuando bajo la denominacion de *vulgaris substitutio* se comienza á comprender tambien la sustitucion pupilar (*pupilaris*).

Tambien bastaba ya la simple gestion como heredero (*pro hœrede gerere*) para excluir del todo á un sustituto en el caso en que la crecion habia sido imperfecta (*imperfecta cretio*)

La obligacion que resultaba de una simple promesa del difunto (*pollicitatio*) no gravitaba á cargo de los herederos, sino con ciertas restricciones.

En cuanto á si el nacimiento de un posthumo puede invalidar un testamento, ciertos jurisconsultos, los Proculeyanos sin duda, aunque en esta ocasion no estaban designados con este nombre, pretendian que era necesario para esto que se hubiese oido chillar al niño, porque de otro modo no se podia decir que habia vivido. Los Sabinianos, por el contrario, desechaban esta doctrina, porque nada hallaban en las obras de los jurisconsultos antiguos que tuviese relacion con este modo de investigar.

§. 372. *Quœrella inofficiosi testamenti.*

La *quœrella inofficiosi testamenti* se fundó sobre principios fijos en el período que explicamos. Por lo mismo haremos alguna observacion acerca de su origen.

El estado en este tiempo, habiéndose aumentado considerablemente y engrandecido con las conquistas, absorvia la familia y á medida que la preponderancia de aquel era mayor, la influencia de ésta iba siendo mas débil. Por esto fue fácil ya en esta epoca poner límites al poder absoluto que el padre de familias ejercia anteriormente. Entre los preceptos que limitaron el poder paterno fue uno el de obligarle á instituir heredero á su hijo, ó exheredarle expresamente. Este precepto era una consecuencia indispensable del principio que se habia ya consagrado de no admitir la exheredacion, sino cuando el padre la ordenase. Consiguiente con estas máximas humanas que el progreso de las ideas habia introducido, la jurisprudencia tomó á su cuidado la proteccion de los derechos de los hijos cuando los veían olvidados ó despreciados por los padres. Para conseguirlo supusieron que no estaba en su sano juicio el padre que olvidaba en el testamento á su hijo, ó que sin justa causa le desheredaba: y en consecuencia de esta suposicion concedieron al hijo que se hallaba en estas circunstancias, no una accion, pues esto no estaba en sus facultades, sino una queja (*quœrella*) contra el testamento del padre. Si esta queja era fundada, los centunviros anulaban el testamento, como hecho por un incapaz, recibiendo entonces *ab intestato* la herencia los que habian hecho aquella manifestacion.

Y no solo se regularizó en esta época el remedio llamado *quœrella inofficiosi testamenti*, sino que se hizo extensiva á una porcion de casos nuevos.

§. 373. *Legados.*

Todos los legados, bajo cualquier denominacion que se hiciesen, eran en esta época tan válidos, como si se hubiesen hecho *per damnationem*. Sin embargo, Sabino, induda-

(1) Const. un. pr C. 6, 51. *Sed et ipsis testamentorum conditoribus sic gravisima caducorum observatio visa est, ut et substitutiones introducerent ne fiant caduca.....*

blemente el jóven, sostiene siempre que un legado *per præceptionem* no puede ser válido, sino en cuanto se haga á un heredero, que era lo que los Casianos sostenian antiguamente. Juliano se declaró contra esta opinion, pero la suya no prevaleció (1). Podiáse entonces legar hasta el usufructo de las cosas que se consumen por el uso. Las villas tenian el derecho de aceptar legados. El legatario no se juzgaba que habia adquirido un derecho cierto é irrevocable sobre la cosa legada, sino sobrevivia á la época fijada para la apertura del testamento (2), ó bien tratándose de un legado hecho bajo de condicion, si moria antes de concluirse el tiempo en que dicha condicion debiera cumplirse. Hasta tanto que no llegaba una de estas dos épocas, los Casianos dejaban á los herederos la propiedad de la cosa legada *per vindicationem*, al paso que los Proculeyanos pretendian que esta cosa permanecia sin dueño (3). Ningun heredero podia ser obligado á consagrar al pago de los legados mas de las tres cuartas partes de lá sucesion que recojia: pero para esto era necesario que hubiese formado inventario de los bienes del difunto, en cuyo caso no tenia el testador el derecho de prohibir que el heredero retuviese esta cuarta parte. Los Proculeyanos declaraban nulos todos los legados hechos á personas que estaban sometidas al poder del heredero, y tampoco admitian su validez en un caso particular, en el cual, sin embargo, pensaban los Sabinianos que podia concederse

(1) Gaj. p. 109, lín. 17 y siguientes.

(2) El pasage de Ulp. (24, 31) no nos deja duda de que asi sucedia cuando se trataba de un legado *per damnationem*, lo que no puede destruir Heineccio por mas que se funde en Paulo (*Seut.* 3, 6, §. 3. B. y §. 7.

(3) Gaj. pág. 105, lín 14 y siguientes.

el goce de él (1). La doctrina de los *cælibes* y de los *orbi* tampoco era estraña á esta materia. En fin, para determinar lo que á ella concierne, diremos que durante el curso de este período el *jus acerescendi* recibió grandes restricciones, y alteró la base que le servia de apoyo en las épocas anteriores. En efecto, antes no habia derecho de acrescer sino entre los colegatarios *conjuncti re*. La union *verbis* suponia entonces necesariamente la division del legado. La ley Papia Popea introdujo un principio opuesto, á saber: que la intencion presunta del testador era preferible á la naturaleza del legado y en consecuencia de esta máxima dió el primer lugar á los *conjuncti verbis*. Tambien es necesario cuidar de no confundir este derecho con la facultad que se concedia al que era padre de muchos hijos de reivindicar los *caduca*. En virtud del edicto *de alterutro*, cuando el marido habia hecho un legado á su muger, ésta tenia la opcion, ó de tomar su dote ó de aceptar dicho legado.

§. 374. *Fideicomisos.*

Una porcion de reglas de derecho dejaron de aplicarse estrictamente en la materia de fideicomisos. Asi, á pesar de la disposicion de la ley Voconia, una muger podia aceptar un fideicomiso: un *Latino Juniano* podia verificarlo igualmente; pero se prohibia esta facultad al célibe, y al *orbus* tampoco se le permitia recojer mas que la mitad. El testador podia inscribir un fideicomiso en su testamento, aun antes de instituir el heredero. Tambien era válido el que se hacia con la condicion de que no pudiese adquirirse si-

(1) Gaj. pág. 116. lín 18 y siguientes.

no despues de la muerte del heredero; y asimismo el que se dejaba en un simple codicilo sin ninguna formalidad (1). Sin embargo, en este último caso, se atendia á las circunstancias de tal modo, que no se consideraba que semejante disposicion encerraba solo una simple cuestion de hecho, y por consiguiente no era un juez (*judex*) el llamado á decidirla, sino que por el contrario se sometia siempre á la misma autoridad superior. Cuando el fideicomiso abraza la sucesion toda entera, entra en posesion de esta el *fideicomisario* en virtud del senado-consulto Trebeliano, de tal modo que se le considera como el verdadero heredero. Si el heredero gravado con fideicomiso á causa de las liberalidades del difunto no ha recibido la cuarta parte de la sucesion, puede retenerla en virtud del senado-consulto Pegasiano. Sin embargo, no se consideraba al heredero fiduciario *fiduciarius* sino como un simple legatario (*legatarius partiarius*) cuando habia precision de obligarle á aceptar la sucesion y restituirla: porque en esta hipótesis el verdadero heredero es el fideicomisario. El que acepta un fideicomiso *in fraudem legis* (*tacitum fideicomisum*) pierde todo su derecho á la cuarta parte, asi como tambien la facultad de reclamar los *caduca*.

§. 375. *Sucesion ab intestato.*

La sucesion legítima (*legitima hæreditas*) no habia experimentado en la época que explicamos otro cambio que el que establecia que un hijo puede siempre heredar á su madre, al paso que una madre no hereda á su hijo, sino en

(1) El derecho romano rechazaba todavia la opinion de que un testamento que por contener cualquier vicio pudiera valer como codicilo debiese efectivamente considerarse como tal.

tanto que ha obtenido el *jus liberorum*. Tampoco podia en esta última hipótesi ejercer este derecho la madre sino en defecto de hijos, ya fuesen del padre, ya de un hermano consanguíneo del difunto: pero podia concurrir con su hermana consanguínea y entonces tenia derecho á la mitad de los bienes. Este último caso daba lugar á una especie de sucesion que no se verificaba en ninguno otro (§. 212) (1). El derecho de sucesion de los gentiles habia caido completamente en desuso. Las restricciones establecidas por Caracalla en favor de ciertos sugetos capaces de suceder que no estaban sometidos al pago de la décima (*decima*) no parece que se sostuvieron.

§. 376. *Bonorum póssessio* (2).

En esta época habia ya variado la acepcion que en un principio se daba á esta palabra: la *bonorum possessio* habia cambiado de naturaleza y de objeto. Los interdictos posesorios instituidos en un principio para garantir la posesion del *ager publicus*, el cual en esta época habia desaparecido se aplicaban ya tambien á la posesion del *ager privatus*.

Muy imperfectamente conocemos los cambios que se introdugeron en la *bonorum possessio* desde fines del período precedente. Todo lo que de ella sabemos se reduce á lo que hemos dicho arriba (§. 290) y á lo que se lee en el §.370 nota 1. A estas indicaciones de tan corta importancia es preciso añadir que los hijos de un soldado testador

(1) Fr. 2, §. 20.... 22. D. 38. 17 (18).
(2) Dig 37, 13 *De bonorum posesione ex testamento in libris*

jamás podian obtener la *contra tabulas bonorum possessio*. Aunque fuese muy natural hacer extensiva á la institucion de heredero la doctrina que establecia que los legados permanecerian válidos en el caso de la *contra tabulas bonorum possessio*, esta innovacion, sin embargo, no parece que data sino desde el tiempo de Justiniano (1). Cuando se trataba de aplicar la *bonorum possessio* á la sucesion de un manumitido, la hija del patrono, la patrona y el hijo de esta gozaban de los mismos derechos que los que se atribuian al patrono ó á su hijo, con tal que las primeras, sin embargo, pudiesen hacer valer el *jus liberorum*. El patrono tenia derecho de adquirir la parte correspondiente á un hijo en la sucesion de su liberto, cuando este moria testado, siempre que fuese rico (*centenarius*) y no tuviese mas de tres hijos: el mismo derecho tenia respecto del manumitido que estuviese privado del *jus liberorum*. En defecto de todo heredero de cualquier clase, el tesoro público, en virtud de la ley Julia, se apoderaba de la herencia vacante (2).

§. 377. *Indigni* (3).

La doctrina de los *indigni* es uno de los puntos mas oscuros de la historia del derecho. Sin embargo, como se aplicaba igualmente á la materia de sucesiones, que á la de los legados ó de *bonorum possessio*, puede colocársela naturalmente á continuacion de estas diferentes doctrinas.

---

(1) Fr. 5. §. 6. Dig. 37, 5.

(2) Ulpiano (28, 7) dice expresamente: *populo bona deferuntur ex lege Julia caducaria*: y sin embargo en otra parte hablando de los *caduca* se refiere al físico, bien que es posible que esta equivocacion dependa de los copiantes.

(3) Dig. 34, 9. *De his quæ ut indignis auferentur.*

§. 378. *Nuevo modo de adquirir una universalidad* (1).

Durante este período hubo un nuevo modo de adquirir una universalidad (*per universitatem sucessio*) por causa de muerte: se creó éste en favor de los esclavos manumitidos por el testamento de su señor, cuando no se presentaba heredero, ó cuando el heredero legítimo (*legitimus hæres*) repudiaba la herencia (2).

El senado-consulto Claudiano, del que no habla Gajus ni una sola palabra en esta ocasion, estaba colocado entre los modos de adquirir una universalidad por otro medio que por causa de muerte. En cuanto á la venta de los bienes de un deudor (*bonorum venditio*) que se hacia en vez de reducir su persona á la esclavitud (*adictio*), los términos que para ello se fijaban estaban determinados en esta época, de un modo mas rigoroso. Se hallaban fijados de suerte que esta venta pudiese verificarse mucho mas rápidamente, cuando se trataba de una persona que habia muerto, que cuando te trataba de los de una que vivia aun.

---

(1) Inst. 3, 11. (12). *De eo cui libertatis causa bona addicuntur.* 13. (14). *De sucessionibus sublatis, quæ fiebant.... ex Senatus Consulto Claudiano.*

(2) Es dudoso que la *servi optio* de que se habla en el fr. 77. D. 50, 17, tenga relacion alguna con esta doctrina, porque no parece que se trata en él, sino de la facultad concedida á un heredero ó á un legatario de elegir en el caso de legarle un esclavo el que mas le convenga, lo mismo que podria elegir entre otros objetos, y no que se hablase de la eleccion concedida al esclavo mismo, de la cual en ningun otro pasage se habla, circunstancia que sirve de fundamento á nuestra duda.

TERCERA SECCION.

DE LAS OBLIGACIONES.

§. 379. *Obligatio en general.*

Tocante á las obligaciones en general, importa desde luego hacer notar que cuando era acreedor el fisco, habia siempre, y de pleno derecho, hipoteca sobre los bienes de su deudor, principio que sin embargo, sufria algunas excepciones. Si descendemos al detalle de lo que formaba el objeto de una obligacion, hallamos el interés de uno por ciento (*centesimæ*) fijado como la tasa mas subida que autorizaba la ley, ó al menos como la mas usada. Todavia no se trataba de conceder preeminencia alguna á una obligacion sobre las demas.

§. 380. *Origen de la obligacion por un contrato ó por otro acto análogo* (1).

Los jurisconsultos romanos al tratar de los contratos, hablan de la diferencia que habia en este tiempo entre la condicion puesta en un contrato (*conditio sub qua contrahitur*), y la convencion resolutoria de este mismo contrato (*quæ resolvit obligationem*). Pero habia muchos que no estaban entre sí de acuerdo respecto de las cláusulas que debian comprenderse en una ú otra de estas dos categorías (2).

(1) Dig. 14. 6, de Senatus consulto Macedoniano, 16, 1. *Ad Senatus Consultum Vellejanum.* 18, 7, *De servis exportandis, vel si ita mancipium venierit ut manumittantur, vel contra.*

(2) El fr. 2, §. 4. D. 41, 4. (5) prueba que Julia no seguia la opinion de estos jurisconsultos, aunque el fr. 2, pr. D. 18, 2, no dice que la suya fuese contraria á la de estos.

En cuanto á los contratos que se perfeccionan por la cosa (*res*) debemos notar la restriccion introducida por el senado-consulto Macedoniano respecto á la excesiva severidad que usaba el acreedor (1) de una suma prestada (*pecunia credita*).

En cuanto á los contratos que se perfeccionan por palabras (*verba*), y que en esta época se reemplazaban ya algunas veces por medio de la escritura, la *fideijussion* se hizo mucho mas suave por medio de la *Epístola D. Hadrian.* Igualmente hallamos en esta clase una nueva estipulacion relativa á la restitucion de la dote, aplicable al caso en que no queria uno contentarse para este efecto con la accion *rei uxoriæ*.

Si fijamos nuestra vista sobre los contratos perfectos por el consentimiento (*consensus*), y especialmente sobre la venta, vemos que la opinion de Próculo, en oposicion formal con las de Sabino y Casio (2), habia prevalecido, y que se establecia ya una diferencia entre la venta y cambio. Tampoco podemos dudar apenas que la venta dejase de exigir mas formalidades, que antiguamente, en ciertos casos particulares; por ejemplo, en el de *servo exportando*. El mandato (*mandatum*), contrato que una parte empleaba para designar uno que le sustituyese, es decir, un mandatario que obrase en su lugar, era de un uso mucho mas frecuente que en lo pasado (§. 366). En un gran número de casos,

(1) Tácito alude á esta disposicion cuando dice (Ann. 11, 13): *Sævitiam creditorum cœrcuit.* Pero no es tan cierto que al fin de este periodo hubiese disminuido la severidad con que se trataba á los acreedores, y nos fundamos para decir esto en los fr. 15. D. 12, 1 (de Ulpiano) en el fr. 3, 4. D. 17, 1 (de Africano) y en el fr. 7. §. 3. D. 14, 6.

(2) §. 2. Inst. 3, 23 (24).

que se deducian de estos diversos contratos, la autoridad pública venia en socorro de las mujeres, con tal que el negocio fuese de tal naturaleza que permitiese esta intervencion.

Es muy probable que una porcion de circunstancias relativas á los diferentes casos, que tenian mas ó menos analogía con los contratos propiamente dichos, no se desarrollasen sino durante el curso de este periodo. Sabémoslo de positivo, por lo tocante al menos á la accion que nacia de un fideicomiso, la cual no tenia mas que una semejanza muy lejana con la obligacion que se derivaba del cuasi contrato de adicion de herencia (*hæreditatis adictio*). Lo mismo sucede respecto de la obligacion impuesta al padre de dotar á su hija. Respecto á las obligaciones contratadas en provecho de las comunidades, hallamos algunas disposiciones nuevas relativas al modo de transferir la obligacion á los herederos del deudor.

§. 381. *Extincion de la obligacion.*

Entre los modos de extinguirse unas obligaciones que se derivan del derecho estricto debemos desde luego referir la estipulacion Aquiliana (*Aquiliana stipulatio*) (1), y despues la compensacion, como modo derivado de la equidad, ó del derecho pretoriano y empleado en las acciones de derecho estricto (*stricta judicia*) para extinguir la obligacion por medio de una excepcion (*per exceptionem*). Es preciso observar que este último modo se empleaba tambien algunas veces por el reo, cuando se trataba de castigar el hecho designado por Justiniano con el nombre de *plus petitio.*

(1) Sin embargo, la idea de convertir una obligacion en estipulacion para extinguirla despues por medio de la acceptilacion debe remontar á una época mas lejana.

CAPITULO IV.

DERECHO PENAL.

§. 382. *Delitos privados.*

Una cuestion particular relativa al hurto (*furtum*), y que consiste en saber si el que ha robado una porcion de un monton de cosas debe ser considerado, como si hubiese robado la totalidad, se resolvió al principio por la afirmativa, y despues por la negativa. Quizá la accion dicha *oneris aversi* tiene alguna relacion con esta cuestion: tambien puede ser que no se refiriese mas que á un empeño particular contratado por los marineros (*nautæ*), y que se indicase en el edicto, al hablar del caso en que hay fractura (*ruptum*) de un objeto. Los jurisconsultos tratan tambien del en que hay despojo de una sucesion (*expilata hæreditas*), al referir la pena (*extraordinaria pœna*) que se aplicaba á este delito; pero no cuando se ocupan de las obligaciones en general. Las injurias son consideradas en esta época bajo un punto de vista enteramente diferente al de las épocas anteriores.

Acerca de las injurias, la ley Cornelia fijaba tres, que castigaba, ya con destierro, ya con aplicacion á los trabajos públicos; tales eran: 1.ª el azotar á alguno: 2.ª el rempujarle: y 3.ª el entrarle por fuerza en su casa. En esta ley azotar significa herir con dolor, y empujar, el dar á otro sin herirle, sin causarle dolor.

§. 383. *Delitos públicos.*

En esta época no solo se contaban en la clase de crímenes los hechos respecto de los cuales existia una ley particular de *judicio publico*, sino que tambien se colocaban en esta categoría un gran número de *extraordinaria crimina*. Entre estos últimos se hallaban los delitos contra las costumbres; sin embargo, es preciso convenir que existe una diferencia muy notable entre las opiniones que los romanos se habian formado entonces sobre el adulterio y el estupro (*stuprum*) y las que posteriormente se formaron del adulterio, y en particular de los placeres contra la naturaleza. El comercio de los dos sexos, aun entre los próximos parientes, no se castigaba en la persona de la muger, sino en cuanto se hallaba acompañado de otra accion punible, como de un estupro (*stuprum*), ó de un adulterio. El crímen de falsedad (*falsum*) parecia ser muy comun. Ademas de estos crímenes y muchos otros, cuéntanse en esta clase el crimen de los astrólogos (*mathematici*), y á los ojos, sino de la sociedad entera, al menos de los legisladores y de los magistrados, el de los cristianos, y el de los miembros de una sociedad secreta y prohibida. El despojo de una sucesion (*expilata hæreditas*) pasaba igualmente por un *crimen extraordinarium*.

§. 384. *Penas.*

Las penas diferian casi siempre segun la condicion de los culpables. La pena de muerte se aplicaba en esta época aun á los mismos ciudadanos romanos: sin embargo, era mucho mas rara que la de deportacion con pérdida del derecho de ciudad. La confiscacion de los bienes iba adherida á cada una de estas dos penas, mas, sin embargo, teníase

consideracion con los hijos del condenado y aun con su patrono, si aquel era un liberto. El destierro, la prohibicion del agua y del fuego, y las multas no estaban consideradas como penas capitales; tampoco se miraba á la prision como una simple pena.

Renovose en esta época la de azotes, que habia abolido la ley Porcia, haciéndola todavia mas dolorosa las guarniciones de plomo que llevaban los látigos en las puntas.

Augusto introdujo dos nuevos géneros de destierro, el llamado *deportacion*, que era perpetuo y para un lugar determinado (confinamiento) y la relegacion perpetua ó temporal, que aun cuando designaba un lugar fijo al desterrado, no le privaba de sus bienes, ni de ciertos derechos.

Tambien se inventaron en esta época otros suplicios ademas de los que existian, mas crueles aun que estos, como eran el exponer á los delincuentes á combatir con las bestias feroces y el quemarlos vivos.

CAPITULO V.

INSTITUCIONES JUDICIARIAS.

PROCEDIMIENTO CIVIL.

§. 385. *Administracion de justicia.*

Si fijamos nuestra vista sobre la administracion de justicia, vemos que algunas veces el emperador, ó el mismo *Magistratus populi romani*, tomaban conocimiento de un negocio (*e. o.*, es decir, *extra ordinem cognoscebat*) (1),

(1) Fr. 3. pr. D. 50, 12. El término *de eo cogetur* parece haberse formado de las letras iniciales de estas tres palabras.

sin confiar la instruccion preliminar de él á un juez (*judex*). Esto tenia lugar principalmente en materia de fideicomisos, rama del derecho, para la cual se habia instituido un pretor particular (1). Pero esta circunstancia era igualmente de una alta importancia en otra porcion de negocios, porque podia particularmente servir de un modo poderoso para dar á conocer el lugar, que ciertos principios de derecho ocupaban en el edicto.

Los *pedanei judices* estaban probablemente considerados en las ciudades como verdaderos magistrados.

§. 386. *Apelaciones.*

Los recursos del derecho, que era necesario tomar para garantirse contra un juicio, se desarrollaron principalmente bajo los emperadores. La apelacion de la sentencia de un magistrado se llevaba siempre ante un magistrado de un rango mas elevado, y en último recurso ante el emperador mismo. Esta apelacion debia interponerse en el transcurso de dos dias ó tres, cuando se trataba de cosas extrangeras, y era necesario que el juez atestiguase que esta formalidad se habia llenado en el tiempo útil (*dimissoriæ litteræ, apostoli*). A fin de impedir que se abusase de estos medios, la ley condenaba al que los habia empleado sin motivo suficiente á una multa del tercio del valor del objeto litigioso, y al cuádruplo de los gastos. Cuando era un poseedor el que habia apelado del juicio, que le habia condenado á de-

(1) Ulp. 25, 12. *Fideicommissa non per formulam petuntur, ut legata: sed cognitio est Romæ quidem Consulum, aut Prætoris qui fideicommissarius vocatur, in provincias vero Præsidum provinciarum.*

jar la posesion, debia depositar el valor del objeto litigioso. Ademas de la via de apelacion, habia tambien otra que consistia en sostener que realmente no habia habido juicio: pero si un poseedor sin derecho, despues de haber empleado este medio, venia á sucumbir, estaba obligado á pagar el duplo del valor de la cosa (*sententiæ revocatio in duplum*).

§. 387. *Vias de apremio.*

En esta época hallamos un nuevo procedimiento empleado contra el emplazado que se negaba á comparecer: y es el *peremptorium edictum* que constituia el tercer (1) medio que podia tomarse contra él, ó al menos el que podia tomarse inmediatamente despues del tercer medio (2). Cuando se empleaba la via ejecutiva contra un deudor, y este invocaba el beneficio de competencia, se entendia en esta época por la máxima de no poder ser obligado sino *in quantum facere potest*, que tenia el derecho de reservarse sobre sus bienes una suma suficiente para su manutencion y subsistencia. Es creible que solo en casos raros se procedia contra la persona misma del deudor en materia civil; pero tambien por otra parte, la cesion de bienes (*cessio bonorum*) se habia hecho doblemente necesaria á causa de las devastaciones, consecuencias inevitables de las guerras civiles: asi es que la mayor parte del tiempo podia invocarse sin excepcion por todo deudor de cualquier clase que fuese.

(1) Paul. Sent. 5. 5. A. §. 7 y Const. 1. C. 7. 41.
(2) Fr. 68, 70. D. 1, 1.

§. 388. *Cambios sobrevenidos respecto de las actiones y præscriptiones.*

En esta época las *interrogatoriæ actiones* habian caido en desuso.

Las acciones (*legitima judicia*) debian terminarse al cabo de año y medio despues de la época en que se intentaban (*L. Julia Judiciaria*).

Hácia el fin de este período las *exceptio* y *præscriptio* parece llegaron á ser sinónimas, al menos en sentido de que siempre que hay lugar á la *exceptio*, debe haber lugar tambien á la *præscriptio*.

PROCEDIMIENTO CRIMINAL.

§. 389. *Castigo de los crímenes*

El procedimiento en materia criminal fue siempre el mismo que antiguamente. La ley *Julia Judiciaria* excluia de las listas de los jueces (*judices*) á todos aquellos que habian sido echados del senado (1). Pero como tratándose de un crímen, la autoridad procedia frecuentísimamente sin emplear las formas ordinarias (*extra ordinem*), la presencia de un acusador no era ya entonces necesaria en todos los casos. Muchas veces este mismo acusador estaba expuesto al riesgo de una pena, y esto tenia lugar, ora cuando á sabiendas habia intentado una acusacion falsa (*calumniator*), ora cuando estaba de inteligencia con el acusado (*tergiversatio ó prævaricatio*). Resultaba de esta posicion que cuando

(1) 12. 1.2. D. 1, 1. Antes no sucedia asi. Cic. *pro Cluentio* 42.

la acusacion llegaba á suprimirse, lo que no era raro en esta época, la supresion redundaba casi siempre mas bien en beneficio del acusador, que del acusado mismo. El acusado que se habia fugado era *riquirendus annotatus*; se aseguraban sus bienes (*ne fuga instruatur*), y pasado un año se le confiscaban. El tormento no se aplicaba ya mas que á los esclavos, pero tenia lugar contra estos, aun cuando no fuesen mas que simples testigos, y algunas veces tambien cuando se constituian en acusadores de sus señores: sin embargo, la ley *Julia de adulteris* habia puesto mucho cuidado en hacerlos bajo este aspecto mas independientes que antiguamente.



CUARTO PERIODO.

DESDE ALEJANDRO SEVERO HASTA JUSTINIANO

(1000 á 1300; *ó desde 250 á 550 de J. C.*)

CAPITULO PRIMERO.



§. 390. *Relacion entre esta reseña y la del período precedente.*

Al examinar el derecho romano tal como existia al fin de este período vese que presenta con el que se halla en vigor en el dia tantos puntos de contacto, que seria indispensable para darlos á conocer todos consagrarle una obra especial, en la cual se tratase cada doctrina con los detalles que no es posible exponer en una historia de derecho. Despues de haber manifestado en cada período la exposicion de cada una de las materias en particular, creemos deber entrar ahora en la exposicion del derecho público tal como se hallaba en esta época, pasando despues á trazar el cuadro del derecho civil tal como resulta de la legislacion de Justiniano y mirándole de una manera general, insistiendo solo en aquellas doctrinas antiguas que ya no fuesen aplicables en esta época. En una palabra, vamos á delinear esta legislacion de Justiniano, tal como la historia nos la manifiesta, vacilando sin cesar entre la observacion rigurosa de los términos de la ley y lo vago de la arbitrariedad, entre las modificaciones parciales y el trastorno total.

CAPITULO II.



DERECHO PUBLICO.

§. 391. I. *Derecho político.*

En la época cuya historia delineamos, el emperador ejercia solo el poder soberano. Rara vez compartia su poder con otras personas mas que con su esposa. El poder imperial á fines de este período no se hallaba ya dividido en dos porciones correspondientes á las dos comarcas de Oriente y Occidente, como frecuentemente sucedió á mediados de este mismo período. El emperador no debia por lo comun su corona sino á una revolucion, ó á las intrigas de la corte. Ademas del poder legislativo, el cual se extendia aun hasta ciertos puntos del derecho sagrado y del mismo derecho civil, la autoridad del emperador abrazaba tambien los poderes ejecutivo y judicial.

Los magistrados públicos recibian su autoridad del emperador. Los cargos que se consideraban mas importantes eran los de la corte (*Quæstor sacri palatii præpositus sacri cubiculi &c.*) entre los cuales se contaban los *Palatini*. El rango de los patricios y de otros grandes del imperio (*perfectissimi*, *nobilissimi*, *illustres*) se fijó de una manera rigurosa. A los sueldos de los funcionarios se les daba el nombre de *sacræ largitiones*. Entre las antiguas magistraturas del pueblo romano, el consulado cayó completamente en desuso. El senado estaba sometido al prefecto de la ciudad (*præfectus urbi*) y no formaba ya, propiamente hablando, mas que un tribunal de justicia. Los gobernadores de las provincias (*Rectores*) reasumieron nuevamente en sí todos los ramos de la administracion pública; pero los obispos compartieron con ellos su autoridad. Dábase poca importancia al juramento

que se tenia obligacion de prestar para atestiguar que no se habia conseguido plaza alguna por dinero.

Las autoridades municipales eran los defensores de las ciudades y los *Decuriones ó curiales*, cuyas funciones eran tan importantes. Con mucha frecuencia se echaba tambien mano del ministerio de los *Tabellarios*, oficiales públicos que se servian de un papel sellado, (*protocollum*) cuyo sello les estaba prohibido cortar.

II. Instituciones concernientes particularmente al orden público.

§. 392. *Derecho eclesiástico.*

La instruccion pública aplicada á las doctrinas religiosas se consideraba en esta época como un negocio del mayor interés, y en ella ejercia el emperador una grande influencia, como lo manifestó el mismo Virgilio, obispo de Roma. Poníase gran cuidado en estirpar todas las opiniones condenadas por el último concilio, ó desechadas por orden inmediata de la corte, y aun cuando los emperadores tolerasen estas mismas opiniones, no se abochornaban de manifestar los verdaderos motivos de su lenidad (1). Justiniano no dudaba en verdad que sus doctrinas en punto de religion no eran las mas puras, y que su muger particularmente estaba muy mal notada en este punto en la historia eclesiástica.

(1) La Novella 144 de Justiniano II exceptua en el capítulo II á los labradores de la aplicacion de algunas de estas leyes represivas y dá la razon siguiente: *Idque non ipsorum gratia sed propter Constitutionem prædiorum quæ ab ipsis coluntur propterque reditus et tributa quæ ex inde inferuntur publico.*

Los obispos ejercian un poder muy estenso; tambien tenian una especie de jurisdiccion (*episcopallis audientia*). Eran nombrados por eleccion y algunas veces se les elegia de entre los legos.

La condicion de los monges en el oriente no se parecia á la que Benito de *Norcie* nos pinta de su situacion en occidente en la época de que se trata. Eran libres, salvo solamente aquellos que por castigo habian sido encerrados en un convento.

La iglesia poseia grandes bienes, y lejos de impedir por una ley la acumulacion de tantas propiedades, se favorecian por el contrario cuanto era posible las nuevas adquisiciones al mismo tiempo que se oponian á que se enagenasen sus antiguas propiedades.

Respecto de los demas establecimientos de instruccion pública las escuelas de derecho eran todavia casi los únicos que habia. La escuela de Atenas se destruyó y con ella desapareció la adhesion que habia á la religion de los filósofos de la Grecia antigua. Tambien se echaba en cara á los antiguos que sus escritores no hubiesen sido cristianos (1).

Las artes habian llegado á tal estado de decadencia, que la riqueza de la materia, el dorado y el brillo exterior se tenian como las únicas causas que podian dar valor á un objeto cualquiera.

§. 393. *Derecho de la guerra y de gentes.*

La organizacion y disciplina del ejército se hallaba en muy mal estado, porque el emperador no iba ya á la guer-

(1) San Gerónimo advierte que nos precavamos contra estos escritores.

ra; los principales grados se conferian al que mas daba por ellos, y los que los compraban no lo hacian muchas veces sino con la idea de gozar de las prerogativas concedidas á los militares; en fin, porque se destinaban á las filas como por castigo á soldados é individuos que habian cometido algun delito, y á los monges que habian desertado de su orden. Sin embargo, algunos generales, entre otros Belisario, tenian aun el mando de ejércitos valientes, y que profesaban cariño á sus gefes.

Las fronteras del imperio se habian limitado extraordinariamente, y si bien durante algun tiempo abrazaron las mismas comarcas que habian pertenecido á los antiguos romanos, como la Italia y el Africa, las cosas no marcharon en tan próspero estado bajo el reinado de Nushirvan ó Cosroes II.

§. 394. *Ingresos y gastos públicos.*

Las rentas públicas se hallaban en muy mal estado. Las guerras y las numerosas construcciones, muchas veces inútiles, tales como la iglesia de santa Sofia y otra iglesia construida sobre el solar del *Embolus*, donde habia habitado Theodora, habian agotado el tesoro que dejó Anastasio. En vez de los antiguos impuestos que Augusto hizo pesar sobre las sucesiones, y que hacia ya largo tiempo que habian dejado de ser un abundante manantial de riqueza, á causa del gran número de personas á quienes los emperadores dispensaban de su pago *(petitiones bonorum)*, se introdujeron de nuevo otros, enteramente contrarios á la razon, tal era, por ejemplo, el Harion, y como estas nuevas cargas no bastaban todavia, Justiniano hizo que se tomase dinero en cualquier parte en que esto pudiese verificarse. El fue tambien quien introdujo el monopolio en el gobierno, es decir, el derecho

exclusivo de vender ciertos objetos, derecho que por espacio de tan largo tiempo oprimió el comercio de Constantinopla.

§. 395. *Policia.*

Los espectáculos del circo ó del Hipodromo sobre todo eran el objeto de los cuidados de la policía; pero la opresion que ejercia el partido *verde* y que fue la causa de la insurreccion de Nicea atestigua bastante cuan mal dirigido estaba este ramo de la administracion. Los teatros donde figuraban los *Mími* y las *Mimæ* ofrecian, segun parece, representaciones en un todo contrarias á las buenas costumbres (1).

CAPITULO III.

DERECHO CIVIL.

§. 396. *Fuentes.*

Todas las fuentes del derecho romano se reunen y confunden ahora mas que nunca en una sola á saber; las leyes. En efecto, los emperadores con el objeto de sacar á la ciencia del derecho del terreno de las controversias, hicieron emanar este derecho todo entero de sí mismos y de su autoridad suprema. Habia, sin embargo, una porcion de instituciones que no podian conciliarse con este poder absoluto. Tales eran en particular todas las disposiciones que se habian copiado de las antiguas fuentes en los escritos de los

(1) Vide la Nov. 51, y la descripcion del talento por el cual brillaba Teodora. Hállase esta descripcion sacada de Procopio en la edicion de 1715 de *Menagiana* t. 1, p. 847: en todos los puntos desmiente formalmente la castidad del siglo de Justiniano *(nostrorum temporum)* tan alabado por él.

jurisconsultos antiguos, los cuales gozaban entonces de autoridad. Estas disposiciones nos inclinan á creer que sino los Plebíscitos, al menos los senado-consultos y los edictos pretorianos podían aun á cada instante introducir alguna nueva modificacion en el derecho civil. Ya no se admitia diferencia entre una ley perfecta y las que no lo eran, y los compiladores de Justiniano acumularon, con motivo de la distincion entre el derecho positivo y el derecho consuetudinario, cosas tan erróneas, que es dificil considerar todo lo que refieren como parte del derecho á la sazon vigente. Sin escrúpulo colocaban en el derecho escrito no solo los edictos de magistrados, sino tambien las respuestas de los jurisconsultos (*responsa prudentum.*)

PRIMERA SECCION.

DE LAS PERSONAS.

§. 397. A. *Diferencia entre las personas libres y los esclavos.*

La diferencia entre los hombres libres y los esclavos fue siempre la misma que antiguamente. Todavia no le habia ocurrido á nadie la idea de que esta distincion se conformase menos con los principios del cristianismo, que la que se hacia por ejemplo, entre los ricos y los pobres. Conocíase perfectamente que todos los hombres son iguales ante Dios: pero ante la justicia humana habia muchos incapaces de contraer matrimonio, de ejercer la autoridad paterna y de poseer propiedad alguna. El tiempo habia hecho desaparecer alguno de los modos que producian anteriormente la esclavitud, al paso que habia facilitado tambien varias maneras de manumitir: pero la cualidad de hombre libre no dejaba de ser una condicion indispensable para gozar del ejercicio de los derechos civiles.

Los hombres que habian nacido libres y los manumitidos se consideraron completamente iguales unos á otros; pero tenia la facultad el que concedia la libertad á su esclavo de decidir, si este manumitido habia de llegar á ser su igual.

Los que estaban *adscriptii* (1) tenian, á la verdad, alguna analogía con los esclavos, pero gozaban del pleno ejercicio de los derechos de ciudadanos, y por lo mismo no se hacia mencion de ellos al tratar de la materia que nos ocupa en este momento.

En vez del modo de manumitir *censu* que hemos dicho se usaba en las épocas anteriores, Constantino Magno introdujo el de *in sacrosanctis æclesis*, el cual consistia en la manifestacion que hacia el Señor en la iglesia de que queria hacer libre á su esclavo; esta manifestacion se convertia en instrumento público, el cual se autorizaba por el clero

§. 398. *Relaciones religiosas que se deducian del derecho de ciudad.*

El completo goce del derecho de ciudad respecto de todos los hombres libres del imperio era una cosa de tal suer-

(1) Const. 21. C. 11, 47. La legislacion varió frecuentemente, sobre todo respecto de cual era la cualidad de un hijo nacido de un *adscriptius* y de una persona libre. Cujas hablando sobre esto cita una constitucion de Justiniano descubierta en un manuscrito y que Godofredo (*ad Nov.* 54) cree equivocadamente que la Nov. 62. c. 2. Hállase en el *corpus juris* á continuacion de esta *Pragmática sanctio.*

te reconocida, que sin trabajo se concibe porque no se trataba ya de este derecho de una manera especial, aunque por otra parte se ignora que de él se hubiese hecho mencion en otro tiempo al tratar de la doctrina relativa al estado de las personas. En lugar de esta antigua distincion entre los que eran ciudadanos romanos y los que no lo eran, notamos en esta época una nueva que, sin embargo no se halla establecida de un modo positivo en los libros de jurisprudencia. De esta distincion resulta que los cristianos que profesaban las opiniones religiosas de la corte del emperador (*orthodoxos cathólicos*) tenian una preponderancia marcada, no solo sobre los paganos, sino tambien sobre aquellos que aun cuando profesaban la misma religion, seguian, sin embargo, las opiniones rechazadas por la inmensa mayoria y sobre todo por la corte (*hæretici*). Los monges, por el contrario, no esperimentaron ningun perjuicio en sus propiedades.

Las corporaciones ó personas jurídicas se habian aumentado desde que la religion cristiana estableció una porcion de iglesias, conventos y casas de asilo para los pobres ó huérfanos, y tantos otros establecimientos semejantes.

§. 399. *Diferencia entre los que ejercen derechos por sí mismos y los que los ejercen por medio de otro.*

Las relaciones de que se trata aqui se asemejaban muy poco á lo que en lo pasado habian sido, y ni aun se hacia mencion de dos de ellas, á saber, *manus* y *mancipium*.

Protestas. 1.º Sobre los esclavos.

La autoridad del Señor sobre sus esclavos era todavia

precisamente la misma que al fin del período precedente. Dispúsose tambien que si un señor castigando á su siervo le mataba, no sufriese la pena de la ley Cornelia de *Sicariis*; pero si sucedia esto de otro modo y sin haber tomado consejo sobre ello el señor, era castigado con la pena ordinaria de homicidio (1).

2.º Sobre los *filii-familias*.

El poder paternal, asi como todo lo que á él se refiere, se habia dulcificado mucho. Todas las dificultades suscitadas respecto de las diferentes doctrinas que á ella se referian anteriormente, se decidian segun los principios y los resultados derivados de las solas relaciones de filiacion, si no en todos los casos, porque no debe creerse que se verificase sobre este punto un cambio completo, ni enteramente consecuente consigo mismo, pero al menos en la mayor parte de las circunstancias. A la verdad, no se consideraba esta filiacion como constante por parte del padre, sino en cuanto resultaba de un matrimonio legítimo. El derecho de vida y muerte que competia en los primeros tiempos al padre y que en los posteriores se fue restringiendo poco á poco, se abolió completamente en esta época, y el derecho de castigar á los hijos por los delitos que cometieran se trasladó á los magistrados.

Tambien se limitó el derecho de vender los hijos solo á los recien nacidos, cuya venta se hacia de suerte que devolviendo el precio por el que se habia dado, se hacia ingénuo.

En cuanto al origen del poder paterno no habia matri-

(1) Hein. A. R.

monios que fuesen tan rigurosos como en los tiempos pasados: entre las uniones que anteriormente dejaban mas libertad y que verdaderamente habian llegado á ser en este tiempo lazos muy estrechos, la mas fácil de romperse era siempre el concubinato, que ya hacia dos siglos enteros que se trataba de abolir.

Bastaba en esta época para que hubiese posibilidad de matrimonio entre las dos partes contratantes que no tuviesen entre sí parentesco en tercer grado en línea colateral. Así el matrimonio entre primos estaba nuevamente permitido: sin embargo, se prohibia en ciertos casos aun entre parientes colaterales hasta el cuarto grado. Habia prohibicion absoluta entre el padrino y la madrina, un judio y un cristiano, el hombre y la muger adúlteros, el seductor y la seducida, y entre un cuñado y su cuñada. No se tenia ya consideracion, á la diferencia de condiciones y el mismo Justiniano habia dado el ejemplo de la abolicion de este impedimento, casándose con una actriz ya de edad (*mima*) que era hija de un mozo del circo. La cualidad de extranjero en uno de los esposos, tampoco dañaba á la validez del matrimonio. La bendicion nupcial no era necesaria, de modo que el matrimonio no se consideraba ya en esta época como una ceremonia religiosa; sin embargo á los grandes se les exigian esponsales (*sponsalia*) mas no á los extranjeros (*barbari*).

La disolucion del matrimonio por el mútuo consentimiento de ambos esposos (*bonâ gratiâ*) y aun la que tenia lugar por la voluntad de uno solo, estaban restringidas á un cierto número de casos determinados. La ley mas bien ponia trabas, que favorecia las segundas nupcias.

La adopcion propiamente dicha era rara y las condiciones que en ella se ponian sorprendentes: Podíase recurrir

algunas veces á la legitimacion que era de tres clases, una para las personas cuya conciencia religiosa era timorata, otra para los grandes, y la otra para los favoritos del emperador. Un hijo natural no podia ya ser legitimado por una simple arrogacion.

La extincion del poder paterno llegó á ser tan facil, que la participacion de un tercero extraño fue en adelante inútil para este efecto, no pudiendo ya desde entonces tener este ninguna esperanza ni aun lejana de ejercer sobre el hijo el derecho de *mancipium* ó el de patronato.

En efecto, en esta época cayó en desuso el antiguo modo de emancipar, cuyas solemnidades eran tan molestas, por lo cual se sustituyó con otro mas sencillo, que se reducia á solicitar un rescripto del emperador en que concediese la emancipacion. Asi como en esta época se hacia entrar en la patria potestad por medio de un rescripto (1) por medio de otro se permitia el salir de ella.

Justiniano simplificó aun mas este último modo de emancipar. Hein. Rec. 228.

Los antiguos cargos sacerdotales que libraban del poder paternal fueron reemplazados para este efecto por nuevas dignidades de la iglesia cristiana.

Ninguna mencion se hizo de los hijos naturales: así, pues, en esta época no hallamos el principio que los hijos nacidos de un matrimonio prohibido por la ley, se igualasen á los hijos naturales, ni que respecto de una madre que perteneciese á una familia distinguida (*ingenua et illustris*) y tuviese hijos legítimos, se pudiese hacer de modo alguno mencion de los hijos que hubiera tenido fuera de matrimonio.

(1) *Ley net. D. de adop.*

§. 400. C. *Tutela y curatela.*

En la época de que hablamos la tutela y la curatela eran menos un derecho que un deber. Por esta razon cuando se trataba de conferirlas se tenia en cuenta la capacidad de aquel que era llamado á desempañarlas. Sin embargo, apenas estaban todavia sometidas á una investigacion pública tan rigurosa como la que se hace en nuestros dias.

Las mugeres romanas no estaban ya sometidas á una tutela perpétua solamente por razon de su sexo: y la tutela ejercida sobre los individuos del sexo masculino no cesaba sino cuando habian llegado á una edad determinada. La autorizacion del tutor no estaba considerada sino como una simple participacion que este tomaba en los derechos de aquel á quien representaba. La curatela de los menores, la cual se estableció por regla general se extinguia por el hecho mismo de la dispensa de edad (*venia ætatis*), la cual se determinó al fin de un modo mas exacto.

Justiniano estableció que la tutela y curaduría dativas se diesen por los defensores de las ciudades, ú otros magistrados, en union con los obispos, sin esperar el mandato del presidente si la fortuna del pupilo no excedia de 500 sueldos.

En tiempo de Justiniano las mujeres mayores de edad ya no estaban en tutela.

§. 401 *Diferencia establecida respecto del celibato* (cælibatus) *y de la privacion de hijos legítimos.*

Ya no se trataba del celibato (*cælibatus*) ni de la privacion de hijos (*orbitas*). Recorriendo el código de Justiniano no se puede ni aun sospechar que en tiempo de Ulpiano se diese tanta importancia á esta distincion entre las personas. Es necesario, sin embargo, exceptuar dos constituciones antiguas relativas á la supresion de esta distincion y que se hallan en este código.

SEGUNDA SECCION.

DE LAS COSAS.

§. 402. *Especies de cosas.*

Muchas cosas se consideraban en esta época como de derecho divino (*divini juris*), pero esta circunstancia no establecia entre estas y las demas un límite tan exacto y marcado, como el que existia en los tiempos anteriores.

El número de cosas pertenecientes al emperador era mayor que en las épocas anteriores. Algunas de entre ellas están designadas bajo el nombre de *dominicæ res*.

En vez de la antigua distincion entre las cosas *mancipi* y los fundos situados en Italia (*prædia italica*) inclinábanse ya mas á determinar si una cosa era mueble ó inmueble.

El número de cosas incorporales era muy considerable. Entre las diversas especies de servidumbres, no seria raro que en este tiempo solo se considerase al usufructo como un derecho. Tambien habia mas tendencia que antes á establecer, respecto de los simples ciudadanos, una distincion entre la propiedad, que se llamó en lo sucesivo asi impropiamente, y la sometida á una propiedad principal, y que los glosadores mas tarde llamaron *dominium utile subalternatum* para distinguirle del *dominium utile absolutum*. Algunos cargos de la corte (*militiæ*) estaban colocados entre las cosas incorporales.

§. 403. *Propiedad.*

La propiedad de los bienes de una sucesion pasaba en este tiempo de las manos del difunto á las del heredero, sin distinguir si este habia sido informado ó no, del fallecimiento de aquel. La distincion establecida entre los modos naturales de adquirir y los civiles, ó propios solamente de los romanos, no traia ya consigo las consecuencias que antes, es decir, que los primeros tenian el mismo efecto que los segundos, y no el solo de colocar las cosas asi adquiridas simplemente *in bonis*. La simple tradicion (*traditio*) transferia indistintamente la propiedad perfecta de todas las cosas, lo mismo que la usucapion, á la cual se la habia fijado en esta época el término de tres años para las cosas muebles, produciendo el efecto de convertir al poseedor en propietario inconmutable; igual resultado se concedió á la posesion de diez y veinte años, la cual hasta entonces no se habia considerado, sino como capaz de producir una excepcion. Tambien producia el mismo efecto hácia el fin de este período, la de 30 años, nuevamente introducida. En tales casos se empleaba mas frecuentemente la palabra *titulus*, que las de *causa* y de *initium*.

El derecho de enagenar se distinguia por lo comun, del de propiedad. El de hipoteca particularmente habia llegado á ser de un uso tan general, que hubo necesidad de introducir una expresion técnica, la de *chirographaria pecunia*, para designar la especie de obligacion, que no producia un derecho igual á este. Este derecho nacia frecuentemente, aun sin saberlo las partes contratantes, proporcionaba á veces ventajas tan particulares, inherentes á la prioridad de su fecha, que esta parte del derecho romano no recibió ninguna reforma notable por las instituciones de Justiniano: sin embargo, el pacto comisorio (*lex commisoria*) no estubo ya en lo sucesivo en vigor en esta materia.

La adquisicion por medio de otras personas no dependia ya de la autoridad que se ejercia sobre estas mismas; doctrina que no se estableció, sino en la época de que hablamos, en atencion á que no pudo esto verificarse, sino despues que el poder (*potestas*) fue el solo y único modo de estar sometido uno al derecho de otro (§. 399). Desde este momento, el que estaba bajo el poder paternal podia adquirir para sí, y el que se hallaba provisto de un poder, tenia la facultad de adquirir para su mandante tan válidamente como pudiera hacerlo éste or sí mismo.

§. 404. *Influencia de las relaciones de familia sobre la propiedad.* (1).

El poder paterno cesó de influir sobre el *quasi castrense peculium*. En cuanto á la clase de peculio, que en lo sucesivo se llamó *peculium adventitium*, el poder paterno casi no tenia sobre su propiedad, mas que una influencia semejante á la que producia la tutela. Sin embargo, el derecho de usufructo, que el padre ejercia sobre este peculio, establecia bajo este aspecto una gran diferencia: con todo, el resultado de este usufructo no debia, ni podia ser en ningun caso el dispensar al padre de dar cuentas de los fondos. Respecto de la influencia que ejercia la dote, estaba ésta mas que nunca favorecida en la época actual. Para ga-

(1) Cod. 6, 60. *De bonis maternis et materni generis.* 61. *De bonis quæ liberis in potestate constitutis ex matrimonio vel alias adquiruntur.*—Cod. 5, 13. *De rei uxoriæ actione in ex stipulatu actionem transfusa, et de natura dotibus præstita.*

rantirla, admitíase la donacion *propter nuptias*, cuyo valor debia ser absolutamente igual al de la dote.

La prohibicion de enagenar, que en el período anterior hemos dicho se estableció por la ley Julia *de adulteriis*, y que se referia solo al fundo dotal itálico, fue ampliada en esta época por Justiniano á todas las propiedades del imperio, prohibiendo, no solo que se enagenasen, sino tambien que se hipotecasen, aun cuando consintiese la muger: *ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam.* Estaba permitido pedir la restitucion de la dote, aun durante el matrimonio, cuando la fortuna del marido sufria menoscabo, sin ser ya necesaria para esto una separacion simulada de los esposos. El derecho de retencion de una parte de la dote, que se atribuia al marido en ciertos casos, asi como la pena que se le imponia de restituirla anticipadamente, no existian ya, pero se hallaban compensadas, ora por la pérdida total de la dote, que sufria la muger, ora por la privacion de una parte de bienes, que se imponia al marido. Tambien se fijaron de otra manera las épocas de la restitucion de la dote. La nueva legislacion no tomaba en consideracion la diferencia mirada antes como tan importante, entre la dote profecticia y la adventicia (*profectitia et adventitia*); sin embargo, hállanse aun muchas huellas de esta antigua distincion en el código de Justiniano. Igualmente se tomaron medidas mas eficaces respecto de los bienes parafernales (*parapherna*).

El derecho de enagenar concedido á los tutores y curadores estaba en este tiempo mucho mas limitado que anteriormente.

§. 405. *Maneras de suceder* (1).

Las maneras de adquirir una universalidad se reducian todas en la presente época al caso de muerte, en cuyo tiempo importaba poco que el difunto estuviese, ó no, sujeto al yugo de la patria potestad. Justiniano apenas dice cosa alguna de los individuos que habian sufrido la privacion de sus derechos civiles, aun cuando todo lo que á ellos concierne da margen á consideraciones muy importantes en esta materia del derecho civil.

I. En el caso de herencia (*hæreditas*), la formalidad del inventario no era ya simplemente un medio útil de poner al heredero al abrigo de los legatarios, sino que era igualmente un medio de garantirle contra las pretensiones de los acreedores de la sucesion. Sin embargo, el heredero *necesario* y el que se llamaba *suus* continuaban siempre heredando, sin necesidad de tomar posesion de los bienes hereditarios, solo sí, cada dia se establecian nuevas excepciones para los casos relativos á lo que los modernos llaman *transmision.* Las obligaciones que resultaban de un delito cometido por el difunto (*obligationes ex delicto*) tampoco pasaban ya á sus herederos. Cuando estos eran hijos, ú otros descendientes del difunto, lo que cada uno habia recibido de él cuando vivia, se deducia de la parte que le tocaba en la sucesion. No es sin embargo, cierto que se hiciese esta deduccion, respecto de lo que se habia comprendido en una donacion pura y simple.

Un hijo, que estaba bajo el poder de su padre, no podia en esta época disponer por testamento mas que de su

(1) *De caducis tollendis* C. 6, 58, 52. *De his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt.*

peculio *castrense* y *cuasi castrense*. El padre tampoco podia autorizarle para que dispusiese de mas; de suerte que bajo este aspecto el nuevo derecho se separaba mucho del antiguo. La forma exterior del testamento variaba al infinito, aunque sin embargo, en el imperio griego se desecharon todas las distinciones entre los testamentos que eran válidos, segun el derecho civil, y los que lo eran, segun el derecho pretorio. Los soldados no estaban dispensados de la extricta observancia de las formalidades exigidas por la ley, sino cuando se hallaban en el ejército. La *cretio* fue abolida, no se sabe por qué. Todo individuo, de cualquier clase que fuese, podia ser instituido heredero. Solo estaba prohibido instituir juntamente con los hijos legítimos á los que habian nacido de una concubina, y sobre todo á los que debian su origen á un comercio incestuoso ó adulterino. En materia de exheredacion no se establecia diferencia alguna entre los hijos y las hijas; pero Justiniano no habia determinado de un modo preciso, si esta distincion podia ser restablecida hasta cierto punto, ora en virtud de la autoridad paternal ejercida por el testador, ora por el testamento del padre ó de la madre. Tampoco sabemos con certeza de que modo se habia conciliado con su nuevo sistema de sucesion *ab intestato* la doctrina relativa á las diversas precauciones, que era necesario emplear en el testamento respecto de la exheredacion de ciertos herederos. La exheredacion no podia tener lugar sino por un cierto número de causas determinadas, cuya prueba debia hacerse por el heredero instituido: pero esto no era indispensable, sino respecto de los descendientes ó ascendientes del difunto. La legítima (*legitima portio*) se habia aumentado, segun bases bastante mal calculadas, pero cuando no llenaba la cuota deseada, estaban todos conformes en que debia completarse. Casos habia

en los que, aun cuando se hubiese completamente omitido esta legítima por el difunto, el testamento no se declaraba por esto nulo en su totalidad: solo la institucion de heredero era la que quedaba viciada. Respecto de las sustituciones habíase establecido una nueva especie aplicable al hijo ó nieto que se hallaba demente (*substitutio exemplaris*), y acerca de la pupilar se dispuso que el nombre del sustituto se escribiese en documento separado y sellado, para que no pudiese éste, llevado del deseo de conseguir cuanto antes la herencia, atentar á la vida del pupilo. Los legados y fideicomisos llegaron á ser mas fáciles. Estas dos fuentes daban siempre origen á la reivindicacion y á la hipoteca. La doctrina de los *caduca* habia caido en desuso, y todo legado se consideraba generalmente como adquirido de pleno derecho por el legatario desde la muerte del testador. Aunque los codicilos pudiesen ser válidos por sí mismos é independientemente de un testamento, sin embargo, estaban sujetos en esta época á cierta forma: no se hacia excepcion, sino en los casos en que la voluntad del difunto habia impuesto á uno algun gravámen, cuya existencia no podia negar. No se decretaba ya pena alguna contra los celibatos (*cœlibes*), ni contra aquellos que no tenian hijos (*orbi*). Justiniano en vez de restituir el derecho de acrecer á su antigua sencillez, le complicó con la legislacion de los bienes caducos, y formó de ambas cosas un caos, apenas inteligible de los modernos, como con razon dice Domat (1)

La sucesion *ab intestato* estaba desembarazada de todas las distinciones, que nacian antiguamente del poder paterno y de la diferencia de los sexos. Sin embargo, Justiniano no lo determinó de un modo perfectamente uniforme.

(1) (Leyes civiles, lib. 3, tít. 1, sec.)

La antigua máxima *in legitimis hæreditatibus succesio non est* no estaba ya en vigor.

La muger, que no habia aportado dote al matrimonio, tomaba de la sucesion de su marido cierta porcion en concurrencia con los otros herederos de este.

II. En cuanto á la *bonorum possessio*, no solo podia reclamarse ante cualquier magistrado, é inmediatamente despues de la muerte del difunto, sino que no habia ya necesidad de reclamarla (1). Solamente era preciso, como en las épocas anteriores, no hacer uso de ella demasiado tarde. Créese por algunos que Justiniano la habia suprimido, pero esto es tan ageno de verdad, que Justiniano mismo estableció expresamente que hubiera lugar á la *bonorum possessio ab intestato* en los cuatro casos siguientes: *unde liberi, unde legitimi, unde cognati* y *unde vir et uxor*. En cuanto á los patronos no estableció respecto de ellos un órden particular, puesto que confundió sus derechos y los de los agnados mucho mas que lo estaban antiguamente. Sin embargo, puede decirse con verdad que Justiniano parece olvidarse de la *bonorum possessio* en algunas instituciones mas modernas que esta.

No podremos determinar con precision hasta que punto una institucion bastante semejante á esta especie de *bonorum possessio*, á saber, la *addictio libertatum conservandarum causa* aprovechaba á los legatarios. Parece no obstante, que solo se habia introducido esta institucion en esta materia para recompensar á los legatarios que habian proporcionado hijos al Estado. (§. 360).

(1) Las expresiones empleadas en las Institutas (§. 1 y 3, 9) *Quocumque modo.... admittandi eam judicium*, parecen ser una imitacion de aquella otra frase *qualicumque.... aditæ vel adeundæ hereditatis indicio* que hallamos en la *Const.* 1. Th. cp. 1, 1. que omitieron los compiladores de Justiniano.

TERCERA SECCION.

DE LAS OBLIGACIONES.

§. 406. *Origen de las obligaciones.*

El origen de las obligaciones en los contratos sufrió pocos cambios. El préstamo de una suma de dinero (*mutuum*) producia sin duda resultados poco mas ó menos semejantes á los que nacian antiguamente del *senado-consulto Macedoniano*. En esta materia no se podian exigir algunas veces intereses ni aun en virtud de una simple convencion (*pactum*) sino solamente, en circunstancias muy raras. La tasa mas subida del interés permitido por la ley no era regularmente mas que de medio por ciento al mes (*semissis usuræ*): estaba prohibido acumular los intereses con el capital, y la suma de los primeros no podia jamas traspasar la del segundo. La hipoteca no admitia ya la *ley commissoria*. Como condicion de la validez de un contrato innominado, se ve aparecer en esta época el voto ó aprobacion (*suffragium*) de las partes. Entre los contratos que se perfeccionaban por medio de las palabras, la estipulacion era la única que existió siempre: un monumento antiguo, el *instrumentum plenariæ securitatis*, nos ha conservado las solemnidades. Muy frecuentemente se contentaban las partes con verificar este contrato por escrito. La *fidejussio* sola reemplazó en esta época á la *sponsio* y *fidepromissio*; bajo ciertos aspectos era mas rigurosa que anteriormente; bajo otros lo era mucho menos. El uso que se hacia de la *exceptio non numeratæ pecuniæ* habia constituido una nueva clase de contrato, que se perfeccionaba por escrito. En los contratos perfectos por el solo consentimiento, las pártes contratantes exigian mu-

chas veces como indispensable la redaccion de una acta escrita. En el contrato de enfitéusis se introdujeron muchas innovaciones. Las disposiciones del senado-consulto Veleyano se siguieron de una manera muy exacta.

La novacion, la paga (*solutio*) y la compensacion sufrieron algunas ligeras modificaciones. La compensacion debia establecerse siempre por sí misma é *ipso jure*. En esta época se aumentaron los muchos casos que producian obligacion comprendidos bajo la denominacion de *variæ causarum figuræ*, de los que nada se habla en las instituciones, comprendiendo en ellos los *pacta legitima*, entre los que se cuentan la donacion, las promesas, las *in factum actiones* y las numerosas *actiones ex leges*.

CAPITULO IV.

DERECHO PENAL.

§. 407. *Delitos y penas.*

El derecho penal en lo relativo á los delitos públicos era menos rigoroso que un siglo antes, empero era en un todo diferente á lo que habia sido en los primeros tiempos de la república.

El acto de sugetarse uno á un juicio no era ya el resultado necesario de una acusacion formal, intentada en virtud de un plebíscito. Instituyéronse agentes particulares (*agentes in rebus*) para hacer mas facil la instruccion de los negocios. Los esclavos no eran ya los únicos que se aplicaban al tormento.

Entre los delitos debemos señalar el de lesa magestad, aun cuando se cometiese respecto de los primeros funciona-

rios del estado, la abjuracion de la creencia ortodoxa, y sobre todos la sodomía, la cual se consideraba bajo el mismo punto de vista que en las leyes de Moises.

Entre las penas, la de muerte se dividia en muchas especies distinguidas entre sí por ciertas circunstancias agravantes particulares. La confiscacion de bienes se limitaba á hacer pasar la fortuna del reo á las manos de sus hijos y parientes (1) salvo en el caso de lesa magestad, en el cual no se creia que fuese posible tomar medidas demasiado rigorosas aun contra los hijos del criminal.

Las cuatro clases de delitos privados (*delicta*) eran los mismos que otras veces, salvo no obstante en ciertos casos el hurto (*furtum*).

CAPITULO V.

INSTITUCIONES JUDICIARIAS.

§. 408. *Administracion de justicia.*

La administracion de justicia en materia civil estaba depositada en manos del emperador y de sus delegados. Por esto, y á causa de la abolicion del *ordo judiciorum* la naturaleza de las acciones sufrió graves alteraciones. Segun todas las probabilidades, la justicia se compraba por el dine-

---

(1) Acostúmbrase á citar la Nov. 171 c. 12 como la que suprimió la confiscacion en caso de condenacion á muerte y solamente hay diversidad de pareceres en si ha sido ó no restablecida con la misma restriccion por la Nov. 134 c. 13. Pero el objeto de esta última no era hacer mayor la pena: por el contrario tendia á suavizarla. En cuanto á la primera solo habla de los abusos contrarios á las leyes que cometian los magistrados y no sobre la confiscacion legal.

ro y aun mas fácilmente que las leyes. Los ciudadanos llamados *miserabiles personnæ* podian escoger su tribunal. Los *defensores civitatum* eran incompetentes para todos los casos en que la suma litigiosa era de trescientos *sueldos*. Los abogados (*togati*) formaban un orden particular, el que, segun parece, se hallaba revestido de una grande consideracion. En esta clase, asi como entre los *antecessores*, era donde todavia se hallaban mas conocimientos en materia de derecho. Los *executores* tenian mucha semejanza con nuestros alguaciles. La ley determinaba el tiempo mas largo que podia durar un proceso. Las costas (*sportulæ*) constituian una materia muy importante.

§. 409. *Procedimiento civil.*

El procedimiento comenzaba por la *editio* de la demanda: veinte dias despues intervenia el *in jus vocare* del juez; sin embargo todavia se echaba mano de la *venia* particular que se usaba antiguamente. Desde el reinado de Marco Aurelio, los obstáculos y la lentitud que resultaban de la *vocatio*, de la *editio*, del *vadimonium* y de las repetidas comparecencias podian evitarse por medio de la *denuntiatio actionio*. A este efecto, el demandante hacia conocer al demandado la naturaleza de la reclamacion que se proponia intentar contra él (*denuntiabat actionem*); se convenian en el dia de la comparecencia: en él se presentaban las partes, y en un solo acto terminaban la instancia *in jure* (*contestabatur*). Hasta Constantino, la *denuntiatio* era como la *vocatio in jus* un acto puramente privado hecho ante testigos: pero este emperador le convirtió en acto público, haciendo que el denunciante hiciese la *denuntiatio* al escribano del tribunal (*apud acta*) y que se le notificase al demandado por medio

de un alguacil. Cuando se trataba de aducir las pruebas de un hecho los testigos eran examinados bajo la religion del juramento, y su examen era todavia público. Las pruebas se apoyaban muchas veces en la fé que se atribuia á los actos de los oficiales públicos (*tabelliones*) ó en la declaracion uniforme de testigos; la formalidad del juramento *litis-decisorio* no se habia derogado todavia. Los medios de derecho eran por el contrario muy numerosos. Todo juicio debia reducirse á escrito. El plazo concedido para la apelacion era mas largo que antiguamente, permitiéndose tambien dicho recurso en este tiempo á las dos partes. La ejecucion del juicio traia consigo la *cesio bonorum* de parte del que era condenado, y en el caso en que la insolvencia de un deudor diese lugar á sus acreedores á inmiscuirse en sus negocios, el mayor número de los acreedores hipotecarios que se presentaban obligaba necesariamente á establecer un orden, es decir, una prioridad sobre los otros.

§. 410. *Acciones.*

No habia ya en esta época otro medio de reclamar y perseguir todos los derechos en justicia mas que la *actio*, ó mejor dicho, el caracter particular de este modo de proceder en justicia se habia borrado enteramente y no habia quedado ya mas que el nombre, el cual se aplicaba sin distincion á todos los otros modos. Sin embargo de que no se estableció distincion alguna entre la accion *directa* y la *útil* Justiniano determinó nuevamente un caso, en el cual era absolutamente necesario recurrir á una accion *útil* (1).

---

(1) §. 34. Inst. 2, 1.

Propiamente hablando no habia ya accion alguna perpetua (*perpetua*), sin embargo, dábase solo el nombre de accion temporal (*temporarea*), á la que no duraba treinta ó cuarenta años. Las excepciones dilatorias (*dilatoriæ exceptiones*) se diferenciaban mucho mas de las perentorias que en los tiempos anteriores. Las (*præscriptiones*), tales como las hallamos explicadas en Gayo, habian caido completamente en desuso. Los *interdicta* perdieron todos los caracteres que tenian anteriormente. Las *satisdationes* no eran ya tan frecuentes y no se exigian mas que á los que obraban en nombre de otro (*procuratores*), á los cuales se permitia siempre proceder en justicia en nombre de sus mandantes, prescribiendo frecuentemente su asistencia. El juramento (*calumniæ jusjurandum*) que se exigia generalmente por las partes ó sus abogados antes de entablar un negocio, se sustituyó á las antiguas penas que se imponian, á lo que se designaba con el ridículo nombre de *plus petitio*. No estan de acuerdo los autores sobre si la condenacion de costas era consecuencia indispensable de la pérdida de un litigio.

§. 411. *Procedimiento criminal.*

La sentencia condenatoria que obtenia un acreedor contra su deudor no podia extenderse jamas á reducir á este á esclavitud. Esta pena se habia abolido; pero el uso la sostenia todavia en la práctica. Los magistrados gozaban de una autoridad mas extensa que antiguamente para juzgar y castigar á su arbitrio aquellos crímenes que no se dirigian contra la fortuna de un ciudadano, aun prescindiendo de la ventaja ó perjuicio que de ello pudiera resultar á un individuo en particular.

INDICE

ANALITICO DE MATERIAS.

PRIMER PERIODO.

CAPITULO PRIMERO.

CAPITULO II.

Derecho público.

CAPITULO III.

Derecho civil.

PRIMERA SECCION—De las personas.

SEGUNDA SECCION.—De las cosas,

TERCERA SECCION.=De las obligaciones.

CAPITULO IV.

Derecho penal.

CAPITULO V.

Instituciones judiciarias.

Procedimiento criminal.

SEGUNDO PERIODO.

CAPITULO I.

CAPITULO II.

Derecho público.

CAPITULO III.

Derecho privado.

PRIMERA SECCION.—De las personas.

SEGUNDA SECCION.—De las cosas.

TERCER PERIODO.

CAPITULO I.

CAPITULO II.

Derecho público.

CAPITULO III.

Derecho privado.

PRIMERA SECCION.— De las personas.

SEGUNDA SECCION.— De las cosas.

TERCERA SECCION.—Obligaciones.

CAPITULO IV.

Derecho penal.

CAPITULO V.

INSTITUCIONES JUDICIARIAS.

Procedimiento civil.

Procedimiento criminal.

CUARTO PERIODO.

CAPITULO PRIMERO.

CAPITULO II.

Derecho público.

CAPITULO III.

Derecho civil.

PRIMERA SECCION.—De las personas.

SEGUNDA SECCION.—De las cosas.

TERCERA SECCION.—*De las obligaciones.*

CAPITULO IV.

Derecho penal.

CAPITULO V.

Instituciones judiciarias.